Über das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Königl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

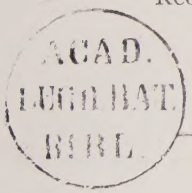
zur Erlangung der

rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Maximilian Gardé

Rechtspraktikant aus Speyer.



Verlagsdruckerei Würzburg.

1906.

Referent: Prof. Dr. E. Mayer.

Zitate.

Es bedeuten:

Abraham = derselbe, über den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent.

Breit = ders., James, das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs (1899).

Düringer-Hachenburg = ders., Kommentar z. H. G. B. Bd. III.

Grünhut = ders., Recht des Kommissionshandels.

v. Hahn = ders., Kommentar z. A. H. G. B. II. Bd.

Hiersemenzel = ders., Lehre vom kaufmänn. Kommissionsgeschäft 1859.

Jäger K. O. = ders, Kommentar zur Konkursordnung II. Aufl.

Lepa = ders., Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs 1883.

Riesser = ders., das Bankdepotgesetz 1897.

Schaps = ders., das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs 1887.

Staub = ders, Kommentar z. H. G. B. 2. Aufl. II. Bd.

Wandelt = ders., rechtliche Natur des Kommissionsgeschäftes nach dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches.

Seuff. Arch. = Seufferts Archiv.

R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

R. O. H. G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Weber = Ergebnisse der deutschen Börsenenquete in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 44 u. 45.

Sonstige Literatur ist stets vollständig zitiert. Für Zeitschriften und Entscheidungssammlungen wurden die gebräuchlichsten Abkürzungen verwendet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0017

§ 1.

Geschichtlicher und ökonomischer Überblick.

Die Unmöglichkeit, überall, wo Geschäfte zu besorgen waren, persönlich zu deren Erledigung zu erscheinen, musste gerade [1]) im Handelsverkehr zu Tage treten und — entsprechend der immer grösseren Ausdehnung desselben — auch immer mehr fühlbar werden.

Die Folge dieses Umstandes war, dass man sich zur Erledigung seiner Geschäfte der Hilfe von Zwischenpersonen bediente.

Unter diesen Zwischenpersonen hat sich nun besonders eine Kategorie, die der sogenannten Kommissionäre, ungewöhnlich verbreitet und beeinflusst [2]) heutzutage den modernen Handelsverkehr derart, dass sie zu einem unentbehrlichen Werkzeuge zu dessen Bewältigung geworden ist.

Man kann sagen, dass der Kommissionshandel eine Errungenschaft des mittelalterlichen Verkehres ist. Soviel steht wenigstens fest, dass den Römern ein derartiges Institut nicht bekannt war.

---

[1]) cf. Grünhut S. 1 ff.

[2]) cf. Grünhut a. a. O. S. 2 ff.

Aber auch im Mittelalter lassen sich nur die Keime des Kommissionshandels erkennen. Es gab damals [1]) eine Art Sozietätsbeteiligung, die sog. Accomenda, Accomandita oder Commenda, welche anscheinend den Zweck des Kommissionsgeschäftes erfüllte [2]). Das Wesen dieser „Accomenda" war folgendes:

Ein Commendator gab einem Commendatarius Waren, damit dieser sie in fremden Landen verkaufe oder vertausche, das erlöste Geld mitbringe oder wieder andere Waren dafür einkaufe. Der Commendatarius erhielt dann bei der Abrechnung einen Gewinnanteil, der vielleicht und wahrscheinlich schon im Voraus in Prozenten des Gesamtgewinnes festgelegt worden war [3]).

Durch die Ausdehnung der Handelsbeziehungen auf immer weiter entfernte Länder war nun der Kaufmann genötigt, falls er persönlich seine Geschäfte erledigen wollte, von dem Sitze seiner Hauptniederlassung lange Zeit wegzubleiben, was, wie auch natürlich, nicht günstig für den Betrieb seines Handelsgewerbes war, ja öfters wohl Schaden verursachte.

Diesem Übelstande suchte der Kaufmann durch Errichtung von Niederlassungen — Faktoreien — in den

---

[1]) cf. Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre S. 361 ff. sowie Grünhut a. a. O. und in Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes S. 157 ff.

[2]) cf. die bei Grünhut a. a. O. zit. Schriftsteller, vor allem: Casaregis, discursus legales de commercio (Venetiis 1760) disc. 29 Nr. 9.

[3]) cf. über diese Institute, sowie das Genueser Recht ausführlich Grünhut a. a. O.

Ländern, welche für seinen Handel in Betracht kamen, abzuhelfen.

An der Spitze dieser Faktoreien stand ein vom Kaufmanne dauernd angestellter, mit festem Lohne bezahlter Faktor.

Ein solcher genoss natürlicherweise unbegrenztes Vertrauen und es zeigten sich deshalb auch mannigfaltige Übelstände. So musste der Kaufmann [1]) dem Faktor, ohne Rücksicht darauf, ob jener überhaupt sich für Geschäfte bemühte oder nicht, und ohne Rücksicht auf den Erfolg der abgeschlossenen Geschäfte, seinen ständigen Gehalt ausbezahlen.

Ausserdem hatte aber ein solcher Faktor es erklärlicherweise in der Hand, Namen und Vermögen seines Kaufherrn, in dessen Namen er ja kontrahierte, durch zweideutige oder gewagte Geschäfte zu ruinieren und in Misskredit zu bringen.

Diese Umstände veranlassten die Kaufleute, die Besorgung ihrer auswärtigen Geschäfte einem an jenem Platze ansässigen „Korrespondenten" anzuvertrauen, der vor allem im eigenen Namen abschloss, dann aber, da er gleicherzeit für viele Kaufleute tätig sein konnte, sich mit einer angemessenen Vergütung begnügte. Ein solcher Korrespondent ist das Vorbild unseres modernen, selbständigen Kommissionärs.

Es ist aber von grösstem Einflusse auf den rapiden Aufschwung dieses Kommissionshandels folgendes gewesen.

Einmal hat jeder Kaufmann — bei den heutigen Spekulationen ist das selbstverständlich — ein begreifliches Interesse daran, dass seine geschäftlichen Operationen und Beziehungen möglichst unentdeckt bleiben. Da nun der Kommissionär

---

1) cf. Grünhut bei Endemann S. 158.

im eigenen Namen handelt, so erscheint er dem Dritten gegenüber als der allein Verpflichtete.

Weil der Kommissionär dem Dritten solchergestalt haftet, hat es jener nicht nötig, sich erst nach der Kreditwürdigkeit des Kommittenten umzuschauen. Gewöhnlich schliesst der Kommissionär am Platze seiner Niederlassung die Geschäfte ab und hier ist er hinlänglich als kreditwürdig oder nicht bekannt. Es wirkt also, wenn auch nicht in juristischer, so doch in wirtschaftlicher Beziehung ein Kommissionär wie ein Bürge. Zu den Vorteilen gesellt sich auch noch die Lokalkenntnis und Marktkenntnis des Kommissionärs, die erleichterte Rechtsverfolgung für den Kommittenten, weil der Kommissionär, anders wie der Stellvertreter, ohne Vollmacht im eigenen Namen zu klagen berechtigt ist, grössere Schnelligkeit beim Geschäftsabschluss — kurz eine derartige Fülle von Vorzügen vor der Stellvertretung, dass man, in richtiger Würdigung dieser Umstände, den Kommissionär den unentbehrlichen Vermittler, das Kommissionsgeschäft die Seele des modernen Handels genannt hat. [1])

Es hat sich nun im Laufe der Zeiten bei diesem Kommissionsgeschäfte eine Handelsgewohnheit herausgebildet, deren wirtschaftliche Seite, im Gegensatz zur juristischen, sehr leicht erklärlich ist.

Statt dass nämlich der Kommissionär, wie es normalerweise der Fall ist, für seinen Kommittenten einen Drittkontrahenten ausfindig macht und mit diesem für Rechnung

---

[1]) cf. Grünhut a. a. O. S. 39 sowie das dortige Zitat von Jacques Savary, Le parfait negociant (Paris 1679) II. Teil III. Buch I. Kap. p. 209: „Il n'y a rien qui maintienne tant le commerce que les Commissionaires ou Correspondents."

des Kommittenten abschliesst, erklärt er seinem Kommittenten nach Empfang des Kommissionsauftrages, dass er selbst das Geschäft „in sich“ oder „mit sich“ abschliesse, d. h. die einzukaufende Ware selbst als Verkäufer liefere, die zu verkaufende Ware aber selbst als Käufer übernehme.

Diese Handelsgewohnheit ist sehr leicht erklärlich.

Einmal ist es dem Kommittenten doch nur darum zu tun, möglichst rasch bedient zu werden, dem Inhalte seines Auftrags gemäss. Er wird sich selbstredend nur einem ihm als gewissenhaft und solvent bekannten Kommissionäre anvertrauen und daher keine Bedenken haben, wenn er durch den Selbstabschluss des Kommissionärs diesen als Schuldner zu betrachten hat.

Es entspricht dieser Vorgang auch der Bürgschaftsfunktion des Kommissionärs, da der Kommittent sich ja ohnehin bei einem event. Ausfalle an ihn halten würde, soweit es möglich wäre.

Dann aber ist auch zu berücksichtigen, dass ebensogut wie der Kommittent, auch der Kommissionär selbständiger Kaufmann ist. Als solcher hat er auch Geschäftsbeziehungen, die er, will er sich nicht entbehrlich machen, sehr ungern aufzudecken Lust hat. Bei der Erklärung, dass er selbst abschliesse, braucht er aber seine tatsächliche Kundschaft nie namhaft zu machen. Weiterhin kommt es bei einem einigermassen ausgedehnten Handelsbetriebe des Kommissionärs oft vor, dass er zu gleicher Zeit sich korrespondierende Einkaufs- und Verkaufsaufträge erhält, welche vielleicht lediglich der Quantität der Waren oder Effekten nach differieren. Durch Auftreten als Selbstkontrahent nach beiden Seiten ist es ihm ermöglicht, sehr rasch seine Kom-

mittenten zu bedienen. Den überschiessenden Waren- oder Effektenteil liefert er selbst aus seinem Lager oder er übernimmt ihn auf dasselbe. Sogenannte „Kombination von Aufträgen".

Ferner ist zu beachten, dass die grossen Kommissionäre selbst Warenlager oder Effektenbestände haben und durch ihren Selbsteintritt in der Lage sind, sogleich und bestens den Auftrag auszuführen.

Kurz: eine Menge praktischer Vorteile für Kommittenten und Kommissionäre.

Ein Schutz gegen Übervorteilung war dem Kommittenten durch die eingewurzelte Handelsgewohnheit gegeben, dass der Kommissionär im Falle seines Selbsteintrittes dem in Rechnung zu stellenden Preise den Börsen- oder Marktpreis der betr. Ware am betr. Orte zur betr. Zeit zugrunde legen müsse.

Wir werden sehen, welche Mehrforderungen zugunsten des Kommittenten später geltend gemacht und gesetzlich sanktioniert wurden.

Was die Entstehungsgeschichte dieses Handelsgewohnheitsrechtes anbelangt, so ist zu konstatieren, dass erstmals zur Zeit der Postglossatoren die Literatur anfing, sich mit ihm zu befassen [1]). Als erster hat, soviel uns bekannt, Casaregis [2]) das „Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs" als feststehende Handelsgewohnheit bezeichnet.

Seit dieser Zeit hat die Theorie die Zulässigkeit dieses „Rechtes" teils ganz, teils halb geleugnet, teils aber auch vollständig anerkannt.

---

[1]) cf. die Zitate bei Schaps S. 10 und Grünhut S. 453.

[2]) cf. Discursus legales de commercio cit. von Grünhut a. a. O.

Es mag hier vorausgeschickt werden, dass entscheidend für die Zulässigkeit in Deutschland der Art. 376 Z. 1 des A. D. H. G. B. ist, der bestimmte:

„Bei der Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht ein Andres bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten."

Bis zum Erlasse dieser Bestimmung erklärten die Theoretiker, welche an den streng römisch-rechtlichen Grundsätzen des Mandates festhielten, den Selbsteintritt damit unvereinbar. So Hiersemenzel[1]) und Brinkmann[2]).

Die Zulässigkeit des Selbsteintrittes wurde verfochten von Treitschke[3]), Gelpcke[4]), Endemann[5]) u. A. m.[6])

Freilich war man sich auch, trotz Bejahung der Zulässigkeit, über den Umfang des Selbsteintrittsrechtes nicht klar.

Ein deutliches Bild dieser Kontroverse gewinnt man bei Verfolgung der Entstehungsgeschichte des angeführten Art. 376 Z. 1 des A. D. H. G. B.

Die Protokolle der Nürnberger Konferenz sprechen zu wiederholten Malen von der Zulässigkeit des Selbsteintrittes

---

1) cf. zur Lehre vom kaufmännischen Kommissionsgeschäft S. 24. ff.

2) cf. Lehrbuch des Handelsrechtes S. 407 ff. und 418.

3) cf. Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel S. 15.

4) cf. dessen Zeitschrift für Handelsrecht, 2. Heft, S. 92.

5) cf. in Brinkmann Handelsrecht § 112, Note 19, S. 418.

6) cf. die bei Grünhut und Schaps a. a. O. zitierten Schriftsteller, z. B. Breuls, Faber und Wilda.

als von dem „Entnehmen der Waren vom eigenen Lager“[1]) und wohl die Mehrheit der Mitglieder wollte das Selbsteintrittsrecht hierauf beschränkt wissen.

Man verneinte[2]) die Befugnis des Kommissionärs, nach erhaltener Einkaufsordre auf Rechnung des Kommittenten zu spekulieren, und beantragte sogar eine Abänderung des Wortlauts des Art. 376, Z. 1 dahin, dass der Kommissionär befugt sein solle „selbst als Verkäufer von den zu seiner Verfügung stehenden Vorräten zu liefern“.[3])

Der Wortlaut des Art. 376 Abs. 1 wurde jedoch nicht abgeändert und angesichts dieser gesetzlichen Normierung lässt sich auch nicht die einschränkende Interpretation rechtfertigen, welche das Erk. des Kommerz- und Admiralitäts-Kollegii zu Danzig vom 16. September 1864[4]) enthält. Es lautet: „Der Kommissionär sei wohl befugt, tatsächlich selbst als Verkäufer einzutreten und zu liefern, vorausgesetzt, dass er das Gut zu seiner Verfügung stehen habe, er sei aber nimmermehr befugt in dem Falle, wenn er faktisch aus eigenen Vorräten nicht geliefert, vielmehr selbst die betreffende Ware erst angeschafft habe, unter Ignorierung dieser Tatsachen, sich als Verkäufer nur bei der Abrechnung vorzuschieben.“

Von weiterer Wichtigkeit für den durch Art. 376 des A. D. H. G. B. geschaffenen Rechtszustand war dessen Abs. 3.

---

[1]) cf. Prot. S. 733, 737 und 1220.
[2]) cf. Prot. S, 4497 — Hamburg.
[3]) cf. Eschenbach in Z. f. H. R. XLI S. 7.
[4]) cf. Busch's Archiv VI. S. 63 flg., zit. von Breit S. 14.

Wir haben bereits früher erwähnt, dass ein Hauptmotiv zur Einführung des Selbsteintrittsrechtes für die Kommissionäre die dadurch mögliche Verschweigung ihrer Geschäftsbeziehungen war.

Durch Art. 376 Abs. 3 erhielt der Kommittent das Recht, im Falle der Verschweigung des Drittkontrahenten, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen.

Obwohl auf den ersten Blick diese Befugnis wie eine lediglich im Ermessen des Kommittenten liegende Wahl aussieht, so zwangen doch tatsächlich die Kommissionäre ihre Kommittenten durch regelmässige Verschweigung des Drittkontrahenten dazu, dass sie als Eigenhändler in Anspruch genommen wurden und hatten damit wirtschaftlich genau dasselbe erreicht, wie wenn sie von dem Selbsteintrittsrechte Gebrauch gemacht hätten, obwohl sie doch wirklich den Auftrag durch Abschluss mit einem Dritten ausführten. Als Vorteil kam ihnen, abgesehen von dem Verdecktsein ihrer Geschäftsbeziehungen, hierbei auch noch eine erleichterte Rechenschaftspflicht zugute.

Es war daher durch Art. 376 des A. D. H. G. B. eine völlig veränderte Rechtslage geschaffen worden, der nicht allerseits freudige Zustimmung zuteil ward. Gar bald sollte es sich zeigen, dass gegenüber der Gefahr, welche die gesetzliche Sanktionierung eines dem Kommissionär zustehenden Selbsteintrittsrechtes bildet, das zum Schutze der Kommittenten gegebene Netz von Normen sich als allzu weitmaschig erwies.

Im folgenden sollen die hervorgetretenen Mängel näher besprochen werden.

An erster Stelle ist zu erwähnen der sogenannte: Kursschnitt.

Unter den Ausdrücken „am Kurse schneiden, auf dem Rücken des Kunden spekulieren, seinen Schnitt machen“ versteht man eine jede Kursberechnung seitens des Kommissionärs, bei welcher derselbe zum Nachteile des Kommittenten einen für diesen ungünstigen, für sich aber günstigen Kurs in Rechnung stellt.

Das kann nun auf mancherlei Art geschehen.

Im Falle des Selbsteintrittes hat der Kommissionär nach dem alten H. G. B. lediglich den „Börsenkurs“ seiner Abrechnung zugrunde zu legen.

Wenn nun, wie am Berliner Kassamarkte, nur ein einheitlicher Kurs besteht, so kann nur dieser inbetracht kommen.[1])

Anders liegen die Verhältnisse bereits bei Abschlüssen zum „Mittelkurs“ der Frankfurter Börse. Denn hier werden[2]) die Kassakurse nicht nur einmal festgestellt und weil der sog. Mittelkurs sich im voraus nicht sicher berechnen lässt, so wird[3]) der selbsteintretende Kommissionär zum Spekulieren auf Kosten des Kommittenten oft geradezu genötigt, will er sich nicht der Gefahr aussetzen, dass er teurer abschliessen muss — die Schlüsse kommen anders wie in Berlin hier fest zustande — als der später in Rechnung zu stellende Mittelkurs beträgt.

Werden aber gar an einem Tage mehrere Kurse festgestellt, z. B. im Berliner Terminhandel, so haben, da die

---

[1]) cf. Weber Bd. 44 S. 37.

[2]) cf. Weber a. a. O. und Kratsch, Selbsteintritt des Kommissionärs S. 9.

[3]) cf. Weber a. a. O.

notierten Kurse nur Grenzkurse nach oben und unten darstellen, die Kommissionäre die Möglichkeit, sich den Kurs innerhalb der Spannung der Notierung auszusuchen. Sie zeigen die Ausführung des Auftrages erst nach Börsenschluss an und behandeln [1]) die abgeschlossenen Geschäfte je nachdem es ihr Vorteil ist, entweder als Propregeschäfte oder als für Rechnung des Kommittenten geschlossene.

Das ist zweifellos ein unreelles Gebahren.

Es hat jedoch nicht an Stimmen gefehlt, welche für die Kommissionäre „ein Recht auf den Schnitt" reklamierten [2]) und es ist auch anzunehmen, dass in den Kreisen der Kommissionäre — nicht nur der skrupellosen — tatsächlich die Auffassung bestand, als habe der Kommissionär ein Recht darauf, von den Kursen den ihm günstigsten seiner Rechnungsstellung zugrunde zulegen.

Aber mit der auch bereits im Art. 362 des alten H. G. B. statuierten Verpflichtung des Kommissionärs, das aufgetragene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Interesse des Kommittenten auftragsgemäss auszuführen, lässt sich ein derartiges Recht, auf dem Rücken des Kommittenten zu spekulieren, schwer vereinbaren.

Man hat auch geltend gemacht, dass im Kursschnitte zum Teil die Vergütung für eine wirklich gewährte Leistung des Kommissionärs liegen könne. Es würde eben der Kommittent selber, wenn er das Geschäft persönlich geschlossen hätte, nicht mehr erzielt haben als den vom Kommissionär berechneten Markt- oder Börsenpreis. Und wenn der Kom-

---

1) cf. Weber Bd. 44 S. 39.

2) cf. z. B. Eschenbach in Goldschm. Z. f. H. R. Bd. 41 S. 21 u. 23.

missionär kraft seiner besonderen Stellung sich noch besser decke, so solle der Kommissionär den Nutzen haben.

Dem ist aber doch zu entgegnen, dass der Kommittent sich eben deshalb des Kommissionärs bedient, damit und weil dieser bessere Abschlüsse erziele, wie er es selbst tun könne. Hierfür erhält ja der Kommissionär auch seine Provision.

Was nun die „Technik" des „Kursschneidens" betrifft, so mögen folgende Beispiele diese Art Geschäftsbesorgung näher erläutern.

a) Ein Kommissionär erhält den Auftrag, bestmöglichst eine gewisse Anzahl von Papieren bestimmter Art zu kaufen.

Er schliesst, sagen wir zu 400 mit einem Dritten in Ausführung dieses Auftrages ab.

Steigt nun der Kurs am gleichen Tage auf 405, so betrachtet der Kommissionär das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft als Propregeschäft und erklärt dem Kommittenten gegenüber seinen Selbsteintritt auf der Basis des Kurses 405.

Fällt dagegen der Kurs oder bleibt er, so gilt das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft, wie es ja auch der Fall war, als Ausführung des Auftrages für Rechnung des Kommittenten.

b) Ein Kommissionär erhält den Auftrag, bestimmte Papiere bestmöglichst zu verkaufen.

Es werden nun morgens Kurse von 505, mittags am Börsenschluss aber solche von nur 500 notiert.

Der Kommissionär hat morgens an einen Dritten zu 505 verkauft. Er tritt, unter Zugrundelegung des Schlusskurses von 500, seinem Kommittenten gegenüber als Selbst-

käufer, dem dritten gegenüber als Propreverkäufer zu 505 auf, lukriert also die Differenz. Bliebe der Kurs konstant oder stiege er, so würde der Kommissionär nicht selbsteintreten. Kurz: Der Kommissionär schliesst ab und erklärt je nach Steigen oder Fallen Selbsteintritt, oder er wartet, wenn er vom eigenen Bestande liefert, den ihm günstigsten Kurs ab, oder er deckt sich, während er ohne Eigenbestand Selbsteintritt erklärt, zu den für ihn am billigsten Kursen.

Es kommt auch noch hinzu, dass die Kommissionäre infolge grosser Umsätze es fertig bringen können, durch Kurstreibereien einen möglichst hohen Kurs zu erzielen, nachdem sie sich vorher billigst gedeckt haben [1]). Damit hängt eng zusammen der weitere Vorwurf, den man [2]) gegen die Art der Handhabung des Selbsteintrittsrechtes erhob.

Es soll nämlich durch den Selbsteintritt eine richtige, das Ergebnis des gesamten vorhanden gewesenen Angebotes und der gesamten Nachfrage darstellende Kursfeststellung unmöglich gemacht werden. Und zwar stellt man sich das so vor, dass diejenigen Aufträge, welche durch Selbsteintritt erledigt werden, gar nicht an die Börse gelangen und folglich auch nicht auf den Kurs einwirken. Es liege aber oft in der Absicht des spekulierenden Kommittenten, auf den Kurs einzuwirken, das werde ihm tatsächlich durch den Selbsteintritt unmöglich gemacht.

Gegen die Richtigkeit dieser Aufstellungen lässt sich wohl schwerlich etwas sagen. Wohl aber ist zu betonen, dass auch schon das alte H. G. B. dem Kommittenten ein

---

[1]) cf. Weber Bd. 44 S. 39 und den von ihm und Eschenbach a. a. O. angeführten Prozess „Polke".

[2]) cf. Kratzsch a. a. O. und S. 15 ff.

sehr wirksames Mittel anhand gegeben hatte, hier bei beabsichtigter Einwirkung auf den Kurs den Selbsteintritt auszuschalten. Er konnte und kann ja, wenn er will, den Selbsteintritt verbieten.

Sollte aber gar ein Kommissionär, der eine grosse Menge gewisser Papiere besitzt, dies dazu benutzen, um mittels Scheinmanöver die Kurse in die Höhe zu treiben und seinen Nachfragen gegenüber alsdann als Selbstkontrahent einzutreten oder umgekehrt dann den Kurs sinken machen und seinen Kommittenten wieder zum Verkaufe raten, so würde er sich m. E. eines glatten Betruges schuldig machen und sowohl zivil- wie strafrechtlich haften.

Der Grund aller dieser Klagen über die Unrichtigkeit der Kursfeststellung lag im wesentlichen daran, dass Voraussetzung des Selbsteintrittsrechtes ein blosser, ohne amtliche Kontrolle festgesetzter Markt- oder Börsenpreis war.

Die Folge dieser Missstände war der allgemeine Ruf nach einer Reform des gesamten Börsenwesens. Zu deren Durchführung wurde im Februar 1892 von der Regierung eine sogenannte „Börsen-Enquete“ veranstaltet, d. h. eine Kommission bestehend aus Juristen, Reichstagsabgeordneten und Sachverständigen aus den Kreisen des Bank- und Börsenhandels erörterte das Börsenwesen und urteilte über Abänderungsvorschläge.

Namentlich das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs und die vorhin erwähnten Missverhältnisse wurden einer eingehenden Würdigung und Prüfung unterzogen.

Was speziell den Selbsteintritt betrifft, so waren die diesbezüglichen Fragen [1]) unter Nr. 21 folgende:

[1]) cf. Weber a. a. O. Bd. 44 S. 29.

Sind die Voraussetzungen, unter welchen der Kommissionär als Selbstkontrahent eintreten darf[1]), wirksam genug, um einen Missbrauch dieses Rechts, namentlich eine Spekulation auf Kosten des Kommittenten zu verhüten?

Diese Frage wurde verneint. Desgleichen aber auch die weitere, ob es zweckmässig sei, den Selbsteintritt zu beschränken oder ganz aufzuheben, und zwar sprachen sich hiergegen fast sämtliche kaufmännischen Sachverständigen aus.

Die weiteren Fragen, ob sich Bestimmungen empfählen, welche bei der Anzeige von der Auftragsausführung es deutlicher zu Tage treten liessen, ob der Auftragnehmer als Kommissionär oder Proprehändler gelten wolle, ferner ob eine generelle Vereinbarung, stets Selbstkontrahent zu sein, zulässig sei, ob es sich empfehle, das Recht auf Provision auch beim Selbsteintritte beizubehalten, wurden durchweg bejaht.

Der Niederschlag der erschöpfenden Kommissionsuntersuchungen findet sich naturgemäss in dem daraufhin am 22. Juni 1896 erlassenen Reichsbörsengesetz.

Den Selbsteintritt betrafen davon folgende §§, und zwar als alleinige Regelung, weil Art. 376 a. H. G. B. aufgehoben wurde:

§ 70: Die Bestimmungen des Art. 376 H. G. B. werden durch die Bestimmungen der §§ 71—74 ersetzt.

§ 71: Die Kommission zum Einkauf oder zum Verkaufe von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann, wenn der Kommittent nichts

[1]) H. G. B. Art. 376.

Anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, dass er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert, oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt.

Im Falle einer solchen Ausführung der Kommission beschränkt sich die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschliessung des Kaufes oder Verkaufes abzulegen, auf den Nachweis, das der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat.

Ist bei einer Kommission, die während der Börsen- oder Marktzeit auszuführen war, die Ausführungsanzeige erst nach dem Schlusse der Börse oder des Marktes zur Absendung abgegeben, so darf der berechnete Preis für den Kommittenten nicht ungünstiger sein als der Preis, der am Schlusse der Börse oder des Marktes bestand.

Bei einer Kommission, die zu einem bestimmten Kurse (erster Kurs, Mittelkurs, letzter Kurs) ausgeführt werden soll, ist der Kommissionär ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige berechtigt und verpflichtet, diesen Kurs dem Kommittenten in Rechnung zu stellen.

Bei Wertpapieren und Waren, für welche der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann der Kommissionär im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt dem Kommittenten keinen ungünstigeren Preis als den amtlich festgestellten in Rechnung stellen.

Die Bestimmungen der Absätze 2 bis 5 können nicht durch Vertrag geändert werden.

§ 72: Auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt hat der Kommissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmässiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren als dem nach § 71 sich ergebenden Preise ausführen konnte, dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen.

Hat der Kommissionär vor der Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlass der erteilten Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er dem Kommittenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen.

Die vorstehenden Bestimmungen können nicht durch Vertrag abgeändert werden.

§ 73: Der Kommissionär, der das Gut selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt, ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Kosten berechnen.

§ 74: Erklärt der Kommissionär bei der Anzeige von der Ausführung des Auftrages nicht ausdrücklich, dass er selbst eintrete, so gilt dies als Erklärung, dass die Ausführung durch Abschluss des Geschäftes mit einem Dritten für Rechnung des Kommissionärs erfolgt sei.

Eine Vereinbarung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, dass die Erklärung darüber, ob die Kommission durch Selbsteintritt oder durch Abschluss mit einem Dritten erfolgt sei, über den Tag der Ausführungsanzeige hinausgeschoben werden dürfe, ist nichtig.

Auch wenn der Auftrag als durch Abschluss eines Geschäftes mit einem Dritten ausgeführt gilt, haftet der Kommissionär, falls er nicht zugleich mit der Anzeige der Aus-

führung den Dritten namhaft macht, für die Erfüllung des Geschäftes. — Es wurden also folgende Punkte geregelt:

1. Erfordernis eines amtlich festgestellten Börsenpreises bei Wertpapieren.

2. Wird ein solcher (auch bei Waren) festgestellt, so bildet er die gegen den Kommittenten im ungünstigsten Falle erlaubte Preisgrenze,

3. Genaue Fixierung des Zeitpunktes der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt,

4. Ist die Ausführung erst nach Schluss einer Börse oder eines Marktes vollzogen, so gilt als ungünstigste Preisgrenze gegen den Kommittenten der Börsen- oder Markt-Schlusspreis,

5. Fixierung der für den Kommittenten gegebenen günstigen Bestimmungen als jus cogens,

6. Gewährung der Möglichkeit für den Kommittenten, falls er nachweist, dass der Kommissionär bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt einen günstigeren Preis hätte erzielen können, wie den nach obigen Bestimmungen sich ergebenden, oder falls er nachweist, dass der Kommissionär tatsächlich aus Anlass der Kommission mit einem Dritten günstiger vor Perfektion des Selbsteintrittes abgeschlossen hat, diese ihm günstigeren Preise zu verlangen,

7. Haftung des Kommissionärs bei Verschweigung eines Drittkontrahenten,

8. Der Selbsteintritt ist nur eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags.

Durch die Neuregelung des gesamten Handelsrechtes infolge der Kodifikation vom 10. Mai 1897 wurden durch den Art. 14 VI des Einführungsgesetzes hierzu die obigen

§§ 70—74 des Börsengesetzes aufgehoben und durch die §§ 400—404 des neuen H. G. B. ersetzt.

Der Wortlaut und Inhalt ist abgesehen von kleinen redaktionellen Änderungen fast der gleiche.

Neu hinzugekommen ist § 404, der dem selbsteintretenden Kommissionär die Pfandrechte aus §§ 397, 398 H. G. B. gewährt. Ferner die Bestimmung über die Wirkung eines Widerrufs der Kommission im § 405 Abs. III.

In Wegfall hingegen kam der § 74 Abs. III Börs. Ges. Dessen rechtliche Wirkung wurde im § 384 Abs. III niedergelegt und zwar aus später zu erörternden Gründen.

Es sind ferner von ebenfalls später zu erwähnendem Einfluss auf das Selbsteintrittsrecht: das sogenannte Depotgesetz vom 5. Juli 1896, das Reichsstempelgesetz vom 14. Juni 1900 [1]), sowie die Normen der Konkursordnung und — selbstredend — diejenigen des bürgerlichen Gesetzbuches.

Schliesslich sei bemerkt, dass allen diesen Kodifikationen ein Grundgedanke vorschwebt: Die Ausführung eines Kommissionsauftrages durch Wahl des Selbsteintrittes ist stets ein, lediglich vom Willen des Kommissionärs abhängiges und diesem allein zustehendes Recht. Der Kommissionär hat die Wahl, beim Vorliegen der nötigen Voraussetzungen, entweder mit einem Dritten abzuschliessen, oder selbst einzutreten. Der Kommittent kann lediglich die naturgemässe Ausführung des Kommissionsauftrages, den Abschluss mit einem Dritten, niemals aber den Selbsteintritt des Kommissionärs verlangen [2]).

Daher spricht man auch korrekter Weise von dem

Selbsteintrittsrechte des Kommissionärs.

---

1) neue Fassung v. 1. VII. 06 resp. 1. VIII. 06 R. Ges. Bl. S. 695.

2) cf. Grünhut a. a. O. S. 468 ff. sowie Lepa S. 221.

§ 2.

Die „juristische Konstruktion“ des Selbsteintrittsrechtes.

Die rechtliche Konstruktion des Selbsteintrittsrechtes des Kommissionärs hat[1]) die Juristen von jeher als wissenschaftliches Problem gereizt. Der springende Punkt all dieser scharfsinnigen Untersuchungen war, eine Erklärung dafür zu finden, dass auf eine durch Selbsteintritt ausgeführte Kommission gleicherweise Grundsätze und Rechtswirkungen aus dem Kaufvertrage wie aus dem Kommissionsvertrage Anwendung finden und gefolgert werden.

Unter den vielen dieserhalb entwickelten „Theorien“ unterscheidet man zufolge ihrer grundsätzlichen Kontraste einmal die Gruppe von Konstruktionen, welche in der Ausübung des Selbsteintrittsrechtes den Abschluss eines Vertrages zwischen Kommissionär und Kommittent erblicken, dann aber diejenigen, welche die Wahl des Selbsteintrittsrechtes als vom Kommittenten völlig unabhängigen Willensentschluss des Kommissionärs betrachten, einen Entschluss, dessen Verwirklichung teils konstruiert wird als eine Art Ausführung des Kommissionsauftrages, teils als der Abschluss eines Vertrages des Kommissionärs in sich selbst. Die erste Hauptgruppe bezeichnet man[2]) als sogenannte Offertentheorien. Diese Bezeichnung rührt davon her, dass sämtliche Vertreter der vorliegenden Theorien, wie bereits erwähnt, eine durch Selbsteintritt ausgeführte Kommission als einen neuen Vertrag auffassen, welchen der Kommissionär mit dem Kom-

[1]) cf. Düringer-Hachenburg III S. 349.

[2]) cf. Schaps S. 30 ff. sowie die dortigen Zitate, auch Breit S. 50 ff. und Düringer-Hachenburg III zu § 400.

mittenten schliesst. Ein gültiger Vertrag kommt aber zustande durch die Akzeptation einer diesbezüglichen „Offerte".

Es muss also — nach diesen Theorien — eine Offerte zum Selbsteintritte vorliegen, welche der Kommissionär, falls er selbsteintreten will, akzeptiert.

Deshalb fassen alle diese Theorien den Auftrag zu einem den Selbsteintritt zulassenden Geschäft als eine Komplikation verschiedener Offerten auf.

Je nach der Akzeptation — also Wahl des Selbsteintrittes oder Abschluss mit einem Dritten — bestimme sich erst der definitive Charakter des Geschäftes.

Alle diese „Offertentheorien" haben als Hauptfehler den, dass sie sich, allzusehr befangen durch starre römisch-rechtliche Grundsätze, eine rechtlich relevante Erscheinung oder Willenserklärung, an welche sich für zwei Parteien Rechte und Pflichten knüpfen, nur als einen Vertrag vorstellen können. Da aber ein Vertrag nicht blosse Willensübereinstimmung [1]) sondern Willensvereinigung ist, so muss notgedrungener Weise, wenn durch die Erklärung des Kommissionärs, dass er selbsteintrete, das Selbsteintrittsrecht ausgeübt wird, dieser also erklärte Wille sich mit einem kongruenten ebenfalls schon geäusserten Willen des Kommittenten vereinigen. Das Mittel zur Lösung dieses Rätsels ist, — da doch aus den dürren Worten eines normalen Kommissionsauftrages nichts weiter herauszulesen ist, als dass eben nur ein solcher Kommissionsauftrag vorliegt, das Mittel ist die Fiktion einer Offerte des Kommittenten, welche den Selbsteintritt betrifft.

---

[1]) cf. Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. I. S. 271 Anm. 2.

Das ist nun natürlich, wie Breit a. a. O. behauptet, gerade eine petitio principii. Aber es ist eben das die Konstruktionsmethode dieser Offerten und man kann doch wahrlich nicht, wie es Breit getan, diese Theorien über Bord werfen, weil sie die Akzeptation einer „fingierten" Offerte lehren und sagen „eine fingierte Offerte könne man ebensowenig akzeptieren, wie auf einem fingierten Pferde reiten".

Die Rechtswissenschaft arbeitet sehr viel mit Fiktionen. Die Fiktion selbst ist ein durchaus wissenschaftlicher, unantastbarer und notwendiger Begriff. Beruht doch auch die ganze Lehre von der Stellvertretung schliesslich auf nichts anderem, wie auf einer Fiktion!

Der Fehler der Offertentheorien liegt nicht darin, dass sie einer Fiktion sich bedienen, sondern darin, dass sie im Selbsteintritte einen Vertrag zwischen Kommissionär und Kommittenten erblicken.

Aber auch von diesem Grundfehler abgesehen, werden wir viele unaufklärbare Widersprüche finden, wenn wir die einzelnen dieser Theorien, unter Anerkennung ihres Vertragsgedankens bezw. Ausserachtlassung dessen Irrtümlichkeit, besprechen [1]).

1. Die Theorie der beiden alternativen Offerten.

Verfechter: Anschütz [2]), Anschütz-v. Völderndorff [3]) und Makower [4]).

---

[1]) cf. hierzu Schaps S. 30 ff. und Grünhut S. 484 ff.
[2]) cf. Z. f. H. R. XVII S. 9.
[3]) cf. Kommentar Bd. III S. 386.
[4]) cf. Kommentar 9. Aufl. 1884 S. 404.

Hiernach enthält ein den Selbsteintritt zulassender Kommissionsauftrag einerseits eine Mandats- und andrerseits eine Kaufofferte an den Kommissionär.

Durch Annahme des Kommissionsauftrages entsteht für den Kommissionär eine obligatio alternativa: entweder kontrahieren mit einem Dritten oder Selbsteintritt.

Es soll jedoch bis die Wahl erfolgt ist, die eine Alternative, die Ausführung des „Mandats", prävalieren, da sie doch den ursprünglichen Erfüllungsmodus bildet.

Im Falle des Selbsteintrittes findet eine Umwandlung des Geschäftes statt. Und zwar, wie Anschütz behauptet ex nunc, nicht ex tunc. Die Folge davon ist, dass die Rechte und Pflichten, die aus dem reinen Kommissionsgeschäft bis zur „Umwandlung" entstanden sind, fortbestehen sollen.

Diese Theorie ist sehr geschraubt und auch widerspruchsvoll. Einmal lässt es sich nach geltendem und von je in Geltung gewesenem Rechte mit dem Wesen einer Obligatio alternativa nicht vereinen, dass ein Modus (wiewohl beide gleichberechtigt sind) bis zur Wahl prävalieren solle.

Dann aber ist nach Anschütz selbst, sobald der Selbsteintritt gewählt ist, die Mandatsofferte beiseite geschoben und die Kaufofferte akzeptiert. Die logische Folge wäre doch, dass nunmehr ein reines Kaufgeschäft vorliege. Es bleiben aber durch positive Gesetzesvorschrift verschiedene rein kommissionsvertragliche Rechtswirkungen bestehen. Daher ist Anschütz genötigt, zur Aufklärung dieses Punktes die obenerwähnte „Umwandlung ex nunc" zu statuieren.

Bis zu diesem Zeitpunkte ist dann durch das „Prävalieren" der Mandatsofferte — also eine nahezu fingierte Ak-

zeptation — das Enstehen der Rechtswirkungen aus dem Kommissionsvertrage erklärt.

Es kommt aber in Betracht, dass doch auch noch nach der Wahl des Selbsteintrittes, also post „nunc" Rechtswirkungen, welche nur dem Kommissionsvertrage eigentümlich sind, entstehen und schliesslich ist eben eine „Prävalenz" eines Modus bei einer Alternativ-Obligation begrifflich nicht denkbar.

2. Die Theorie der eventuellen Kaufofferte:

Verfechter: Gad [1]), Lepa [2]), Fick [3]).

Schon die Wahl des Ausdruckes „eventueller" Kaufofferte markiert hier mit Prägnanz, was bei der Theorie der alternativen Offerten als wesentlichster Mangel auffiel.

Diese Theorie [4]) erblickt in dem Auftrage zum Einkauf oder Verkauf markt- oder börsengängiger Waren zugleich einen Antrag zum Kauf oder Verkauf.

Es besteht also nach Abschluss des Kommissionsvertrages das Mandats- bezw. Kommissionsverhältnis als prinzipales Rechtsverhältnis. Durch Annahme der in der Kommission liegenden „eventuellen" Kaufofferte wird der Selbsteintritt betätigt, der als ein zwischen Kommittent und Kommissionär vollzogenes Kaufgeschäft erklärt wird.

Vom Momente des Selbsteintrittes an hat daher der Kommissionär alle Rechte und Pflichten eines Käufers oder Verkäufers.

Auf den ersten Blick ist klar, dass diese Theorie gegen-

---

[1]) cf. Zeitschr. f. H. R. XIV S. 234 ff.

[2]) cf. die Lehre vom Selbsteintrittsrechte des Kommissionärs S. 262 ff.

[3]) cf. über börsenmässige Lieferungsgeschäfte (1872) S. 21.

[4]) cf. Lepa a. a. O. S. 262.

über der Theorie der alternativen Offerten insofern einen ganz wesentlichen Fortschritt zeigt, als sie [1]) wenigstens von vornherein eine feste Basis zwischen den Parteien schafft.

Von den hauptsächlichsten Bedenken und Einwänden, welche man gegen diese Theorie erhob, seien folgende erwähnt.

Wie Lepa [2]) selbst zugibt, können die für seine Konstruktion damals massgebenden Art. 318 und 319 d. a. D. H. G. B., welche den gewöhnlichen Abschluss von Handelsgeschäften betreffen, für den Selbsteintritt nicht gelten.

Diese beiden Artikel enthalten aber die grundlegendsten Bestimmungen über das Wesen einer Offerte.

Art. 318 besagt:

„Über einen Antrag unter Gegenwärtigen zur Abschliessung eines Handelsgeschäftes muss die Erklärung sogleich abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht gebunden ist",

und Art. 319:

„Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmässiger rechtzeitiger Absendung der Antwort, den Eingang der letzteren erwarten darf" [3]).

Lepa stellt dementgegen auf, dass die in dem Auftrage zum Ankauf oder Verkauf von börsenmässigen oder marktgängigen Waren enthaltene Offerte den Kommittenten solange bindet, als sie nicht zurückgezogen ist, was entweder durch

---

[1]) cf. Schaps S. 35.

[2]) cf. S. 264/265.

[3]) cf. für das nunmehrige Recht § 147 B. G. B. mit dessen analogen Bestimmungen.

Widerruf der ganzen Kommission oder durch nachträgliche Untersagung des Selbsteintrittes geschehen kann.

Daher ist es nicht opportun, eine Offerte anzunehmen, wo solch ein Widerspruch mit dem Gesetze entsteht.

Des weiteren fixiert Lepa eine gänzlich neue Art von Kaufgeschäft, wenn er[1]) Rechte und Pflichten, welche dem Kommissionsvertrage eigentümlich sind, selbst nach der Annahme der Eventualofferte, also unter den nunmehr herrschenden Grundsätzen vom Kaufgeschäfte entstehen lässt. So z. B. soll aus diesem Kaufgeschäfte zu folgern sein, dass die Forderungen des Kommissionärs aus dem Propregeschäft den nämlichen Schutz geniessen wie Forderungen aus reinen, ohne Selbsteintritt vollzogenen Kommissionsgeschäften, dass die Verjährung (im jetzigen Rechte unerheblich) sich nicht nach der des Kaufgeschäftes richte, sondern nach der des Auftrags- und des Kommissionsgeschäftes u. s. w.

Diese Rechte und Rechtswirkungen basieren aber alle in der Ausführung eines Kommissionsauftrages, weshalb auch hier ein Widerspruch offen bleibt.

3. Die Theorie der beiden bedingten Verträge, auch Dernburg-Abrahamsche Theorie genannt. Verfechter: Dernburg[2]), Abraham[3]).

Hiernach existieren bei einer Kommission gemäss Art. 376 H. G. B. zwei bedingte Obligationen insofern, als der Kommissionsvertrag unter einer auflösenden, der Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wird. Die Bedingung ist der Selbsteintritt.

---

[1]) cf. S. 265 ff.

[2]) cf. preuss. Privatrecht 1880 II § 187 2. Aufl.

[3]) cf. a. a. O. S. 15.

Dieser juristisch interessanten Auffassung entgegnete Grünhut [1]) damit, dass im Falle des Art. 376 Abs. III der Selbsteintritt nicht durch Erfüllung obiger Bedingung zustande käme. Für das alte Recht, wo man allgemein im Falle des Art. 376 Abs. III einen „Selbsteintritt durch Willensakt des Kommittenten" annahm, war dieser Einwand bedeutsam. Für das neue Recht wäre er geradezu falsch, weil, wie später zu erörtern ist, der Fall des Art. 376 Abs. III — § 384 Abs. III etwas vom Selbsteintritte total verschiedenes ist.

Dem Grünhutschen Einwande gegenüber modifizierte Abraham [2]) seine Theorie dahin, dass er [3]) folgendermassen konstruierte:

Das Mandatsverhältnis (das ist die durch den Kommissionsvertrag geschaffene Rechtsbeziehung) geht unter und das Kaufverhältnis tritt an seine Stelle unter der Bedingung, dass der Kommissionär entweder den Selbsteintritt rechtzeitig erklärt, oder vom Kommittenten gemäss Art. 376 Abs. III als Selbstkontrahent in Anspruch genommen wird.

Auch diese Theorie lässt da im Stiche, wo auch die anderen Mandats-Kaufstheorien versagen. Es erzeugt nämlich auch bei ihr — trotz Aufhebung des Kommissionsvertrages nach Eintritt der Bedingung — eben dieser aufgehobene Vertrag Rechtswirkungen, welche dem Kaufvertrage, der nunmehr allein Geltung haben sollte, fremd sind. So z. B. Rechenschaftspflicht, Pfandrecht des Kommissionärs, Provisionsanspruch u. s. w.

---

1) cf. a. a. O. S. 489.

2) a. a. O. S. 22.

3) cf. Schaps S. 40.

Den bisher besprochenen Vertrags- oder Offertentheorien stehen diejenigen Konstruktionen gegenüber, welche, allerdings unter sich wieder verschieden, im Selbsteintritt lediglich eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrages erblicken. Zu besprechen sind hier:

1. Die Theorie Grünhuts[1]).

Nach ihr, welche den Vertragstheorien am nächsten steht, ist im Falle der Selbstübernahme des aufgetragenen Geschäftes der Kommissionär so zu behandeln, als ob er in seiner Person die doppelte Eigenschaft des Käufers und Verkäufers vereinigte (unus homo plures sustinere potest personas l. 9. pr. D. 2. 14). Er gilt bei der Einkaufskommission zugleich als Verkäufer für seine eigene Rechnung und als Käufer im Auftrage und für Rechnung des Kommittenten; und er gilt bei der Verkaufskommission zugleich als Käufer für seine eigene Rechnung und als Verkäufer im Auftrage und für Rechnung seines Kommittenten[2]).

Der Selbsteintritt ist, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, lediglich ein dem Kommissionär ex lege zustehender Modus der Ausführung des Kommissionsauftrages[3]). Es folgt jedoch aus der Natur des Selbsteintritts als eines Rechtes, welches der Kommissionär nach Belieben ausüben kann, dass der Kommittent nur ein Forderungsrecht auf die ursprüngliche Leistung (den Geschäftsabschluss mit einer dritten Person) hat[4]). Also anstatt:

---

[1]) cf. desselben „Recht des Kommissionshandels" S. 467 ff.; Endemanns Handbuch III S. 252 ff, ausserdem noch Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht V S. 121 ff.

[2]) cf. Grünhut a. a. O. S. 484.

[3]) cf. a. a. O. S. 468.

[4]) cf. a. a O. S. 468 ff.

„duae res sunt in obligatione sed altera in solutione“ heisst es hier: „duae res sunt in solutione sed altera in obligatione.“

Während nun die beiden letzteren Grundsätze vom Modus der Ausführung und von dem Charakter des Selbsteintrittes als eines im Willen des Kommissionär gelegenen Rechtes erklärlicherweise keinen begründeten Widerspruch hervorriefen, erfuhr Grünhuts Theorie vom „Abschlusse des Kommissionärs in sich selbst“ die schärfsten Anfeindungen.

Der Kernpunkt aller hierher gehörigen Erörterungen ist: Gestattet es das geltende Recht, dass ein sogenannter indirekter Stellvertreter mit sich selbst als dritter Person einen Vertrag schliessen kann?

Um diese Frage, welche nicht ohne Bedeutung ist, richtig beantworten zu können, müssen wir vor allen Dingen uns über den Begriff der Stellvertretung überhaupt klar werden.

Es war [1]) selbst noch im Justinianischen Rechte prinzipiell ausgeschlossen, dass ein Rechtsgeschäft durch die Mitwirkung eines Dritten gültig auch in der Weise zustande kommen konnte, dass die in dem Rechtsgeschäfte abgegebene Erklärung den eigenen Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringt, mit der hinzugefügten Bestimmung, dass das Rechtsgeschäft nicht als von dem Erklärenden, sondern als von einem Andern abgeschlossen rechtlich in Betracht kommen solle. Also prinzipielle Unzulässigkeit einer Stellvertretung [2]) beim Abschluss von Rechtsgeschäften.

---

[1]) cf. Windscheid-Kipp Bd. I S. 297. ff.

[2]) „im Willen“ cf. Windscheid-Kipp I. S. 297 Note 2.

Dieses Prinzip ist durch Gewohnheitsrecht beseitigt worden und gilt im heutigen Rechte nicht mehr. Ja es ist sogar umgekehrt [1]) heute Regel, dass Rechtsgeschäfte durch einen Andern auch in der Weise abgeschlossen werden können, dass dieser Andere seinen eigenen Willen erklärt.

Das ist natürlich nichts weiter als eine Fiktion.

Der Wille des B kann niemals Wille des A sein (er ist ja einer anderen Person eigen). Man setzt aber den B gleich dem A und sagt: Was B tut soll gerade so angesehen werden, wie wenn A es selbst getan hätte. Und das ist eine Fiktion.

Nun hat man [2]) unterschieden zwischen jenem Falle, wo der Stellvertreter die Willenserklärung im Namen des von ihm Vertretenen abgab und jenem Falle, wo der Abgeber der für einen Anderen wirksamen Willenserklärung im eigenen Namen handelte.

Ersteres nannte man den Fall der „direkten" oder eigentlichen Stellvertretung, letzteres den Fall der „indirekten" oder uneigentlichen Stellvertretung, wofür das Hauptbeispiel der Kommissionär ist.

Es hat aber auch nicht an Stimmen gefehlt, welche bei der sogenannten „indirekten" Stellvertretung überhaupt den Begriff einer Stellvertretung leugneten [3]).

Um jedoch den ganzen Streit um Grünhuts Theorie richtig würdigen zu können, muss man annehmen, dass es

---

[1]) cf. Windscheid-Kipp I S. 300.

[2]) cf. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 297 und die dortigen Zitate.

[3]) cf. Windscheid-Kipp I S. 297; Regelsberger, Pandekten I § 161; Brinz-Lotmar, IV § 578, 2; Crome, System des bürg. Rechtes S. 451 ff.; gleicher Ansicht scheint auch Saussa „duplex persona" in Grünhuts Z. Bd. 41 S. 371 zu sein.

tatsächlich zwei Arten von Stellvertretung, die direkte und die indirekte gibt, dass es die letztere auch noch unter der Herrschaft des B. G. B. gibt, wiewohl das Gesetz sie nicht erwähnt.

Es sind ja alles nur juristische Konstruktionen!

Man hat nun, davon ausgehend, dass der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen gilt, behauptet, dass im Falle eines Selbstkontrahierens des Vertreters zwei Willen in Tätigkeit träten. Als erster tat dies Römer[1]), welcher auch folgerte, dass jedes Recht, das die direkte Stellvertretung beim Vertragsschluss im Prinzipe zulässt, genötigt sei, auch das Selbstkontrahieren prinzipiell anzuerkennen[2]).

Gleicher Ansicht wie Römer ist auch Behrend[3]), Mitteis[4]) und Kohler[5]), ausserdem noch von Hahn[6]).

Dagegen wird[7]) von Lepa[8]), Muskat[9]) und dem Reichsoberhandelsgerichte[10]) die Unmöglichkeit eines Selbstkontrahierens nach bürgerlichem, wie nach Handelsrecht behauptet.

Darüber aber war man allerseits einig, dass ein Ab-

---

1) cf. über das Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst. 19. Bd. Der Goldschm. Z. S. 67 ff.

2) cf. damit völlig im Einklange Entsch. d. I. Ziv.-Sen. des RG. vom 23. XI. 1881 Entsch. in Z. S. Bd. VI S. 11, ferner Entsch. in Z. S. Bd. VII Nr. 38 S. 119 u. 120.

3) cf. Handelsrecht S. 344, 345.

4) Lehre von der Stellvertretung nach römischem Rechte S. 197, 198.

5) Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht: 1. Der dingl. Vertrag S. 7 ff.

6) in Goldschm. Z. Bd. 29 S. 2 ff.

7) cf Salmann a. a. O.

8) cf. a. a. O. S. 226 ff.

9) cf. Goldschm. Z. Bd. 33 S. 507.

10) cf. R. O. H. G. Bd. VIII S. 392, IX S. 431.

schluss des indirekten Stellvertreters in sich selbst, vollständig begrifflich unmöglich sei.

Lediglich Rümelin[1]), der jedoch auch behauptet, dass zwischen einem regulären Vertragsschlusse, der Willensvereinigung zweier Personen und dem Vorgange beim Selbstkontrahieren eine fundamentale Differenz bestehe, führt[2]) an, dass das Selbstkontrahieren des indirekten Stellvertreters — also des Kommissionärs — keinen logischen Widerspruch enthalte.

Man kann nunmehr — angesichts des § 181 B. G. B. — nicht davon sprechen, dass ein Selbstkontrahieren nach bürgerlichem Rechte absolut ausgeschlossen sei.

Aber einmal bespricht § 181 B. G. B. nur Fälle der direkten Stellvertretung — und müsste daher erst durch Analogieschluss auf die „indirekte" Stellvertretung ausgedehnt werden und ferner spricht die ganze Entstehungsgeschichte dieses § sogar gegen eine extensive Interpretation auch nur innerhalb der „direkten" Stellvertretung[3]).

Das nunmehr geltende Prinzip lautet: „Grundsätzlich ist das Selbstkontrahieren des Vertreters mit sich selbst ausgeschlossen[4]), ausnahmsweise gestattet".

Allerdings waren die Motive[5]) anderer Ansicht. Hier wurde „die in der Wissenschaft und besonders in der Praxis neuerdings mehrfach erörterte Frage, ob jemand einerseits

---

[1]) cf. Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters S. 2—16, ferner S. 257.

[2]) a. a. O. S. 257.

[3]) cf. Rehbein, Kommentar zum B. G. B. §§ 164—181 S. 51, welcher ebenfalls aus dem Vertretungsbegriffe den Fall der sog. indirekten, mittelbaren Vertretung ausscheidet.

[4]) cf. Kuhlenbeck, B. G. B. S. 122, Hölder B. G. B. S. 381 ff., Rehbein a. a. O, Staudinger, B. G. B. I S. 439 u. a. m.

[5]) Bd. I S. 224.

für sich und in eigenem Namen, andrerseits als Vertreter eines Andern und in dessen Namen handeln und so einen Vertrag zwischen sich und dem Andern schliessen könne“ nach allgemeinen Grundsätzen bejaht.

Hingegen ergeben die Protokolle[1]) mit nicht misszuverstehender Deutlichkeit, dass in der Regel davon auszugehen sei, dass das sog. Selbstkontrahieren stets die Gefahr eines Interessenkonflikts und einer Schädigung des einen oder andern Teiles mit sich bringe und dass es deshalb, soweit nicht durch das Gesetz oder durch die Vollmacht (ausdrücklich oder stillschweigend) dem Vertreter ein Anderes gestattet sei, ausgeschlossen werden müsse.

Also: in erster Linie Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens. Dann aber erschöpfende Aufzählung der Fälle, in welchen es statthaft ist.

Wenn man nun die indirekte Stellvertretung als eine Art Stellvertretung ansieht, so kann man folgern, dass die Vorschriften des B. G. B. analoge Anwendung auf die indirekte Stellvertretung finden sollten. Allerdings würde dies m. E. nicht statthaft sein und zwar schon deshalb nicht, weil in der ganzen Entstehungsgeschichte des § 181 eine „indirekte Stellvertretung“ nicht erwähnt wird.

Aber selbst angenommen, es wäre ein solcher Analogieschluss zulässig, so könnte man zur Rechtfertigung Grünhuts lediglich behaupten, der Abschluss des Kommissionärs in sich selbst sei deshalb durch § 181 gedeckt, weil hier[2]) „dem Vertreter ein Anderes gestattet sei.“ Und hier müsste man auf die Frage, „wer denn dies Andere gestatte?“ ant-

---

1) Bd. I S. 175.

2) § 400 H. G. B.

worten: entweder das Gesetz — und das stimmt nicht, weil, wie wir später sehen werden, dem Gesetze ein Kontrahieren des Kommissionärs in sich selbst fremd ist — oder der Kommittent — und das wäre[1]) nur eine Fiktion.

Wir sehen also, dass Grünhuts Theorie, was die Möglichkeit des Selbstkontrahierens des indirekten Stellvertreters betrifft, im Gesetze keinen Halt findet.

Aber auch sonst zeitigt Grünhuts Anschauung Widersprüche. Allerdings infolge seiner Konsequenz.

So gibt Grünhut, da er ja jedes Kaufverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittent in Abrede stellt, dem Kommissionär lediglich eine actio mandati aber keine Kaufklage, wohl aber soll der Kommittent — obwohl zwischen ihm und dem Kommissionär gar kein Kaufvertrag vorliegt — stets im Falle des Selbstkontrahierens berechtigt sein, die Forderungen aus dem von dem Kommissionär in sich selbst abgeschlossenen Kaufvertrage mit der Klage aus dem Kaufvertrage actio utilis emti, venditi, gegen den Kommissionär in dessen Eigenschaft als dritten Kontrahenten geltend zu machen[2]).

2. Die Theorie von Hahns[3]).

Diese Theorie, welche in Wirklichkeit[4]) keine ist, weil sie nunmehr nichts anderes besagt, wie das Gesetz selbst, wendet sich vor allen Dingen gegen diejenigen Konstruktionen, welche den Art. 376 d. a. H. G. B. nicht in seiner un-

---

[1]) zustimmend Breit a. a. O.

[2]) Grünhut a. a. O. S. 486, 487.

[3]) cf. v. Hahn, Kommentar Bd. II S. 406 n. O., sowie Goldschm. Z. Bd. XXIX.

[4]) zustimmend Breit a. a. O.

mittelbaren Bedeutung und Wirkung auffassen, sondern denselben als einer Interpretation bedürftig ansehen und welche demnach, anstatt unmittelbar aus dem Gesetze heraus zu konstruieren, untersuchen, was infolge des Gesetzes Inhalt des ursprünglichen Vertragswillens der beteiligten Personen sei, und hieraus erst weiter ihre Folgerungen ziehen.

Die Hauptgrundsätze der v. Hahnschen Theorie wurden vom Börsengesetze und vom neuen Handelsgesetzbuche vollständig akzeptiert. Vor allem wurde im § 400 H. G. B. unumstösslich klar zum Ausdrucke gebracht, dass der Selbsteintritt nur eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrages sei, dass durch ihn ein Kaufgeschäft unmittelbar zwischen Kommissionär und Kommittent entsteht und dass infolge dessen sowohl Rechtswirkungen aus diesem Kaufvertrage wie auch aus dem zu Grunde gelegten Kommissionsvertrage resultieren.

Damit sind alle anderen Konstruktionen — die auch wegen ihrer gezeigten Widersprüche nicht mehr für das neue H. G. B. brauchbar sind — abgelehnt.

Das geltende Recht.

§ 3.

I. Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechtes.

Nicht ohne weiteres hat der Gesetzgeber dem Kommissionär die Befugnis gewährt, das Einkaufsgut selbst als Verkäufer zu liefern und das Verkaufsgut selbst als Käufer zu übernehmen, sondern diese Art der Ausführung eines Kommissionsauftrages ist dem Kommissionär nur beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gestattet.

Es sei gleich hier bemerkt, dass wir, wie allgemein im H. G. B., streng scheiden müssen zwischen jus cogens und jus dispositivum.

Die Normen über das Selbsteintrittsrecht, welche als zwingendes Recht zu erachten sind, bezeichnet glücklicherweise das H. G. B. selbst im § 402.

Es sind dies die Vorschriften des § 400 Abs. 2—5 und des § 401 H. G. B., denn diese können nicht durch Vertrag zum Nachteile des Kommittenten abgeändert werden.

Diese Unterscheidung ist von grundlegender Bedeutung.

Denn wenn irgend eine der im Gesetze geforderten Voraussetzungen [1]) nicht zwingendes Recht, sondern dispositiver Natur ist, dann bleiben trotzdem für den Fall der vertraglichen Andersgestaltung dieser Voraussetzungen die zwingenden Normen des Selbsteintrittes bestehen [2]).

Nun zu den Voraussetzungen selbst.

Dieselben bestimmen sich aus § 400 Abs. 1 H. G. B.

Während nach Art. 376 H. G. B. das Selbsteintrittsrecht nur gestattet war bei Waren oder Wertpapieren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, hat das neue Recht [3]) für die Wertpapiere eine amtliche Preisfeststellung verlangt. Nach den Motiven zum Entwurf eines Börsengesetzes [4]) hat man diese Verschärfung eintreten lassen, um „die künstliche Beeinflussung der Preise zum Nachteile des Kommittenten durch die amtliche Feststellung zu erschweren und um die Prüfung des vom Kommissionär berechneten Preises durch sie zu erleichtern."

Es ist erforderlich das Wesen der „amtlichen" Preisfeststellung darzulegen.

In Deutschland hat [5]) das Börsengesetz vom 22. VI. 1896 für eine gute Preisfeststellung Sorge getragen. Es ist zwar

---

1) cf. § 400 Abs. 1

2) cf. Staub Exkurs zu § 400 Anm. 3 abw. Düringer-Hachenburg, der die zwingenden Normen nur dann in einem solchen Falle zur Anwendung treten liesse, wenn sie der Parteivereinbarung entsprächen; ebenso Makower. cf. hierzu aus früherer Zeit v. Hahn S. 522, Lepa S. 68, welche sich darüber streiten, ob das Einverständnis des Kommittenten die Bedeutung haben könne, eine Tatsache, welche gesetzlich keine Auftragsausrichtung sei, in eine Auftragsausrichtung zu verwandeln.

3) cf. § 71 Börs. Ges.

4) cf. Motive zu § 68 des Entw. e. Börs. Ges. S. 55.

5) cf. Wörterbuch der Volkswirtschaft Artikel: Börsenwesen von Geh. Hofrat Prof. Dr. G. Schanz.

nicht für alle Objekte des Börsenhandels die amtliche Feststellung des Preises verlangt, aber durch die Vorschrift des § 400 H. G. B. ist indirekt ein Zwang bezüglich der Wertpapiere ausgeübt.

Die amtliche Preisfestsetzung muss erfolgen an einer den Erfordernissen der §§ 1 ff. Börs. Ges. genügenden Börse. Also einer „zugelassenen" Börse. An andern kann eine den Erfordernissen des § 400 H. G. B. entsprechende Preisfeststellung gar nicht erfolgen.

Eine jede Börse hat gemäss § 4 Börs. Ges. eine Börsenordnung. Diese Börsenordnung muss gemäss § 5 Z. 4 l. c. Bestimmungen treffen darüber, in welcher Weise die Preise und Kurse zu notieren sind. Gemäss § 29 l. c. erfolgt bei Waren oder Wertpapieren die amtliche Preisfestsetzung sowohl für Kassa- wie für Zeitgeschäfte durch den Börsenvorstand, soweit die Börsenordnung nicht die Mitwirkung von Vertretern anderer Berufszweige vorschreibt. Es ist als Börsenpreis derjenige Preis festzusetzen, welcher der wirklichen Geschäftslage des Verkehrs an der Börse entspricht.

Zur Mitwirkung[1]) bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises von Waren und Wertpapieren sind Hilfspersonen (Kursmakler, welche nach § 33 l. c. zur Führung eines amtlich zu kontrollierenden Tagebuches verpflichtet sind) zu ernennen. Diese Kursmakler werden[2]) aus dem Kreise der Vermittler ausgewählt, von den Landesregierungen bestellt, vereidigt und unterstehen der Aufsicht des Börsen-

---

[1]) cf. § 30 l. c.

[2]) cf. G. Schanz a. a. O.

vorstandes. Ihre Stellung ist so geregelt, dass sie möglichst uninteressiert sind [1]).

Durch die gemäss § 35 Z. 3 vom Bundesrate erlassene Bekanntmachung vom 28 Juni 1898 [2]) ist für die Feststellung des Börsenpreises von Wertpapieren angeordnet, dass, bei Zulässigkeit von Ausnahmen, die Preise nach Prozenten des Nennwertes festzustellen sind. Zugrunde zu legen ist die deutsche Währung. Hierfür gibt die Verordnung eine Umrechnungstabelle bez. der ausländischen Werte.

Es kann aber auch der Bundesrat gemäss § 35 Z. 1 l. c. von obigen Erfordernissen abweichende amtliche Feststellungen des Börsenpreises für einzelne Börsen zulassen. Dies ist geschehen [3]) für Frankfurt a. Main, wo die amtliche Preisfeststellung im Auftrage der Handelskammer durch die Maklerkammer unter der Oberaufsicht der Handelskammer erfolgt. In Stettin wird der Preis sogar ohne Mitwirkung von Kursmaklern festgesetzt.

Bei der enormen Wichtigkeit der Art und Weise, wie die amtliche Preisfeststellung erfolgt, ist es angebracht, die hier einschlägigen Bestimmungen der Börsenordnung für die wohl tonangebende Berliner Börse zu erwähnen.

Nach § 9 derselben erfolgt die amtliche Feststellung der Kurse und Preise Namens des Börsenvorstandes durch ein Mitglied oder mehrere Mitglieder der betr. Abteilung.

Bei der Preisfeststellung für landwirtschaftliche Produkte sind mindestens zwei der als Vertreter der Landwirtschaft, der landwirtschaftlichen Nebengewerbe oder anderer Berufs-

---

1) cf. § 32 l. c.
2) R. G. Bl. S. 915—917.
3) cf. G. Schanz a. a. O.

zweige ernannten Mitglieder des Börsenvorstandes zur Mitwirkung befugt.

Die Leitung der Preisfeststellung obliegt immer einem gemäss § 3 gewählten Mitgliede des Börsenvorstandes. (Gemäss § 3 werden im Monat Dezember alljährlich mittels relativer Stimmenmehrheit durch Stimmzettel 15 Mitglieder der Fondsbörse und 9 Mitglieder der Produktenbörse gewählt etc.)

Nach § 27 erfolgt die amtliche Feststellung der Börsenpreise:

1. für Wertpapiere und Geldsorten an jedem Börsentage,
2. für Wechsel aufs Ausland mindestens dreimal wöchentlich,
3. für Getreide etc. an jedem Börsentage, ausserdem wird am letzten Börsentage des Monats der Durchschnittspreis festgestellt.

Die Feststellung der Kurse und Preise erfolgt unmittelbar nach 2 Uhr in den Räumen. Die Kursmakler haben sich dorthin zu begeben und wahrheitsgetreue Auskunft eventuell auf Amtseid zu geben, welche Kurse angefordert oder angeboten waren. Sie müssen auch die Einsicht in ihre Bücher gestatten und gegebenen Falles Gutachten über die Preishöhe ablegen.

Da die amtliche Preisfeststellung nur für an der Börse gemäss §§ 36 ff. Börs. Ges. zugelassene Wertpapiere in Betracht kommt, so kann ein amtlich festgestellter Kurs nicht vorliegen, wenn ein nicht zugelassenes Objekt tatsächlich an der Börse gehandelt wurde und sogar eine Preisnotierung hierfür erfolgte.

Eine noch viel bedeutendere Abweichung von den Bestimmungen des alten H. G. B. über das Selbsteintrittsrecht findet sich im Wortlaute des § 400 H. G. B. „Die Kommission . . . . . kann dadurch ausgeführt werden, dass . . . . . .“

Hiermit schliesst sich, wie schon früher erörtert, das neue H. G. B. völlig der v. Hahnschen Theorie an und deklariert ausdrücklich, dass der Selbsteintritt, d. h. die Übernahme des Verkaufsgutes als Käufer und die Lieferung des Kaufgutes als Verkäufer, lediglich als eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrages gelten soll.

Ein dritter markanter Unterschied besteht in der, nachher zu besprechenden, genauen Fixierung des für die Preisberechnung massgebenden Zeitpunktes.

Die Voraussetzungen sind:

1. Es muss ein Kommissionsgeschäft vorliegen[1]). Es genügt nicht eine Handlungsvollmacht zum Ein- oder Verkaufe.

2. Es muss vorliegen eine Kommission zum Einkaufe oder zum Verkaufe von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie (= oder) von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird[2]).

Der Zweck des Erfordernisses eines Markt- oder Börsenpreises liegt auf der Hand. Wie sich eine Entscheidung des O. L. G. Celle[3]) ausspricht, geschah dies, um den Kommittenten vor einer Übervorteilung durch den als Selbstkontrahenten eintretenden Kommissionär zu schützen.

---

1) cf. Düringer-Hachenburg Bd. III zu § 400.

2) cf. die obigen Erörterungen.

3) cf. Entsch. d. O. L. G. Celle 2. Sen. v. 6. Nov. 1895 i. S. Schäfer w. Katz, Revision zurückgewiesen durch R. G. 3. Sen. v. 10. April 1896 III 428/95, abgedruckt in Seuff. Arch. Bd. 52 Nr. 35.

Und zwar dadurch zu schützen, dass zur Zeit des Geschäftsabschlusses ein kontrollierbarer Durchschnittspreis der fraglichen Ware am fraglichen Orte bestanden haben muss, wenn der Selbsteintritt des Kommissionärs gestattet sein soll. Andrerseits ist es aber auch ein Vorteil des Kommissionärs, wenn er nicht das konkrete Ausrichtungsgeschäft zugrunde zu legen braucht, sondern der Nachweis des Börsen- oder Marktpreises genügt. Das ist wirtschaftlich gerechtfertigt.

Eine Entscheidung des Reichsgerichtes [1]) spricht sich über diesen Punkt unter Hinweis auf Entscheidung des R. O. H. G.'s Bd. 12 S. 182—187 und Grünhut S. 457—464 im gleichen Sinne aus und betont, dass die Intention des Gesetzgebers dahin ging, den Kommittenten nicht vollständig der Diskretion des Kommissionärs anheimzugeben und ihm wenigstens in dem Börsen- oder Marktpreise einen Vergleichungsmassstab dafür zu geben, ob mit dem ihm in Rechnung gestellten Preis sein Interesse gewahrt sei. Dementsprechend sei zur Rechtfertigung des gesetzten Preises der Nachweis des Börsen- oder Marktpreises von seiten des Kommissionärs für erforderlich, andererseits aber auch für genügend erachtet worden.

Wir haben bereits oben erwähnt, dass das neue H. G. B. für Wertpapiere diesen einfachen Nachweis nicht mehr für genügend erachtet, sondern dass es hier die amtliche Feststellung des Markt- und Börsenpreises verlangt. Zu den „Wertpapieren" sind auch die Wechsel zu rechnen, welche das alte H. G. B. ausdrücklich erwähnte. Es kann dies

---

[1]) R. G. 34, 118.

ernstlich nicht bestritten werden [1]). Das Börsengesetz [2]) sprach dies ebenfalls ausdrücklich aus.

Unter Börsen- oder Marktpreis versteht man allgemein [3]) folgendes: Man spricht von einem Börsen- oder Marktpreise an einem Orte, wenn die diesbez. Sachen an der Börse oder dem Markte des betr. Ortes, oder in dessen Handelsbezirk [4]) verkauft zu werden pflegen und aus den stattfindenden Verkäufen ein Durchnittspreis sich ergibt bezw. ermitteln lässt. Der Preis muss wirklich bezahlt sein. Eine blosse „Geldnotiz" ist kein Marktpreis im Sinne des Gesetzes [5]).

Der für den Markt- oder Börsenpreis massgebende Ort ist der Erfüllungsort, also regelmässig der Wohnort des Kommissionärs, es sei denn, dass der Kommittent den Ort der Ausführung genau angegeben hat; alsdann ist dieser massgebend [6]). Besteht am Erfüllungsorte kein Markt- oder Börsenpreis, sind aber für diesen Ort nach der Auffassung des Verkehrs die Preise eines anderen Ortes massgebend, an welchem eine Börse oder ein Markt besteht, so ist der Börsen- und Marktpreis als herrschend zu erachten, den die betr. Sache an diesem Orte hat.

Der für den Markt- oder Börsenpreis massgebende Zeitpunkt ist im § 400 Abs. 2 als zwingendes Recht [7]) normiert als der Zeitpunkt der Ausführung der Kommission. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der

---

1) cf. hierüber Breit S. 62.
2) cf. § 80.
3) cf. Planck Kommentar z. B. G. B. zu § 385.
4) cf. Goldschmidt, Handbuch 2. Aufl. Bd. 2 § 64a.
5) R. G. 34 S. 118.
6) cf. Breit S. 68.
7) cf. § 402.

Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat. In diesem Zeitpunkte muss also ein Börsen- oder Marktpreis bestanden haben.

Wie bereits oben erwähnt, ist der § 400 Abs. I nicht jus cogens: Es können daher diese Voraussetzungen des Selbsteintrittes durch Parteivereinbarungen beseitigt oder abgeändert werden. Die hauptsächlichsten Fälle sind: Zulassung des Selbsteintrittes bei Waren, die keinen Markt- oder Börsenpreis notieren und vor allen Dingen Zulassung des Selbsteintrittes bei Wertpapieren, die keinen amtlich festgestellten Börsen- oder Marktpreis besitzen.

Es ist jedoch daran festzuhalten, dass auch in solchen Fällen die zwingenden Normen des Selbsteintrittes beobachtet werden müssen.

3. Der Kommittent darf nicht ein anderes bestimmt haben. Es bleibt dem Kommittenten unbenommen[1]), Ausführung des Kommissionsauftrages durch Abschluss mit Dritten zu verlangen.

Dieses Verbot des Selbsteintrittes braucht nicht ausdrücklich zu geschehen. Es genügt eine stillschweigende Willenserklärung. Allerdings ist Erfordernis, dass dieser Wille des Kommittenten dem Kommissionär erkennbar war und er sich demselben unterworfen hat[2]).

Zu erwähnen ist, dass man sich in früherer Zeit nicht darüber einigen konnte, ob der Selbsteintritt bei Differenz-

---

[1]) cf. Lepa S. 50 und O. A. G. zu Lübeck vom 13. Juli 1869 bei Seufferts Archiv Bd. 24 S. 399.

[2]) cf. Erk. d. O. A. G. zu Lübeck v. 13. Juli 1869 in Seuff. Archiv Bd. 24 Nr. 265.

geschäften ausgeschlossen sein solle.[1]) Es ist aber[2]) der § 400 H. G. B. bei Differenzgeschäften überhaupt nicht anwendbar, weil diese gar keine wirklichen Kaufgeschäfte vorstellen und den Regeln über die Kaufgeschäfte gar nicht unterliegen und folglich es sich gar nicht um eine Kommission zum Ein- oder Verkaufe von Waren handelt.

Düringer-Hachenburg hingegen[3]) hält den Selbsteintritt bei Differenzgeschäftskommissionen für nicht ausgeschlossen; denn wenn das Differenzgeschäft auch klaglos sei, so gestatte es doch freiwillige Erfüllung. Auch sei ein Differenzgeschäft gem. § 69 Börs. Ges. als reeller Kauf zu behandeln. Reeller Kauf liegt aber doch bloss vor, wenn ein Anspruch auf Erfüllung — die actio emti — gegeben ist.

Jedoch ist es von Wichtigkeit, auch die Begründung zu hören, mit welcher Lepa[4]) seine Ansicht verteidigt, dass bei Differenzgeschäften das Selbsteintrittsrecht begrifflich nicht ausgeschlossen und sehr wohl möglich sei.

Er kommt dabei zurück auf die Begriffe „uneigentliches" und „eigentliches" Differenzgeschäft.

„Uneigentliches" Differenzgeschäft nimmt Lepa in Übereinstimmung mit vielen Anderen an, wenn der Wille eines oder auch beider Teile nicht auf effektive Lieferung und Abnahme der Ware, sondern auf Herauszahlung der Differenz swischen dem stipulierten Preise und dem Markt- oder Börsenpreise des Stichtages gerichtet, dieser Wille aber von den Parteien nicht erklärt ist.

---

[1]) cf. R. O. H. G. XI. S. 343, Grünhut S. 460, v. Hahn II. S. 512, Schaps S. 15, Breit S. 81, Lepa S. 50 ff.

[2]) cf. Staub Excurs zu § 400 A. 6.

[3]) cf. Bd. III. S. 425.

[4]) cf. a. a. O. S. 50 ff.

„Reines oder eigentliches“ Differenzgeschäft liegt dagegen vor, wenn der übereinstimmende, ausschliesslich auf Zahlung der Differenz gerichtete Wille der Kontrahenten in rechtsverbindlicher Weise zum Ausdruck gebracht ist.

Bereits gegen diese Unterscheidung lässt sich einwenden, dass im Falle des sogenannten „unreinen bezw. uneigentlichen“ Differenzgeschäftes auch der „nicht erklärte“ Wille zu berücksichtigen ist. Dies ergibt sich aus § 133 B. G. B., demzufolge der Auslegung der Erklärungen der Parteien „zu kaufen oder zu verkaufen“ eben nicht der buchstäbliche Sinn dieses Ausdruckes zu Grunde zu legen wäre, sondern der wirkliche Wille — und der geht eben, genau wie im Falle des sogenannten „eigentlichen“ Differenzgeschäftes dahin: Nicht effektiv zu kaufen oder zu verkaufen, sondern nur die obenerwähnte Differenz zu zahlen oder zu fordern.

Auch der Anschauung des Handelsstandes ist[1]) eine Scheidung zwischen uneigentlichen und wahren Differenzgeschäften fremd.

Lepa sagt nun, dass bei den sogenannten uneigentlichen Differenzgeschäften der Selbsteintritt schon um deswillen möglich sei, weil diese ja dem „Kaufe“ gleich zu erachten wären. Bei den „reinen“ Differenzgeschäften sei er aber geradezu eine wirtschaftliche Notwendigkeit und es würde auch von Kaufleuten das reine Differenzgeschäft als Kauf bezeichnet und behandelt.

Darin ist Lepa nun ohne weiteres beizustimmen, dass es einem Manne, der an der Börse spekulieren will, herzlich wenig um den Besitz oder den Gebrauch der betreffenden

---

[1]) cf. Lepa S. 53.

Spekulationsobjekte zu tun ist, sondern dass er lediglich den Gewinn will, den ihm die Preisschwankungen einbringen und dass er ebensowenig im Verlustfalle effektiv liefern oder abnehmen will, sondern froh ist, mit der blossen Differenz davonzukommen. So wird ja auch [1]) ängstlichen Kommittenten oft ausdrücklich gesagt, dass es sich „ja nur um die Differenz handle".

Das ist alles richtig und gar nicht zu bestreiten. Wohl aber ist zu bestreiten, dass diese Differenzgeschäfte — eigentliche, wie uneigentliche — juristisch wie Kaufgeschäfte zu behandeln sind.

Wir kommen eben über die Vorschriften und Voraussetzungen des Gesetzes nicht hinweg und dieses bestimmt im § 433 B. G. B., dass durch den Kaufvertrag der Käufer zur Lieferung und der Verkäufer zur Abnahme verpflichtet wird.

Das sind Essentialia negotii, die keinen Verzicht zulassen.

Sowie beim Vertragsschlusse stillschweigend oder ausdrücklich feststeht, dass eine Lieferung nicht erfolgen soll, haben wir eben keinen Kaufvertrag. Folglich auch keine Kommission zum „Ein- oder Verkaufe".

Es muss daher prinzipiell die Unzulässigkeit des Selbsteintrittes bei Differenzgeschäften ausgesprochen werden.

Dass übrigens auch in Kaufmannskreisen der dem reellen Kaufvertrage konträre Spiel-Charakter der Differenzgeschäfte nicht verkannt wird, bedarf wohl keiner weiteren Begründung [2]).

4. Es darf der Kommissionär das Geschäft nicht schon durch Abschluss mit einem Dritten ausgeführt haben. Breit [3])

---

[1]) cf. Weber S. 141.

[2]) cf. Jacob Kautsch, Handbuch des Bank- u. Börsenwesens S. 154.

[3]) cf. S. 108.

vertritt allerdings den Standpunkt, dass auch hier noch Selbsteintritt möglich sei, indem er als Grundsatz aufstellt: solange ein vom Kommissionär geschlossenes Geschäft Internum seiner Rechtssphäre bleibt, steht es rechtlich in keiner Beziehung zum Kommittenten. Dieser hat daher noch keinen Anspruch auf die Rechte aus diesem Geschäfte, der Kommissionär vielmehr noch die freie Dispositionsbefugnis darüber.

Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Wie Staub [1]) mit Recht ausführt, wäre eine solche Anschauung mit der Vertrauensstellung des Kommissionärs zum Kommittenten unvereinbar. Durch den Abschluss mit einem Dritten ist eben der Kommissionsauftrag konsumiert, das Geschäft ist abgeschlossen und liegt nicht lediglich in der Rechtsphäre des Kommissionärs. Auch die Rechte des Kommittenten machen sich schon greifbar an eben diesem Geschäft geltend und zwar durch die vom Gesetze statuierte Verpflichtung des Kommissionärs zur Anzeige.

Allerdings muss zugegeben werden, dass der dem Kommittenten obliegende Gegenbeweis, dass der Kommissionär den Abschluss mit einem Dritten verschwiegen und Selbsteintritt erklärt habe, ein sehr schwer zu erbringender ist. Allein diese objektive Schwierigkeit ist doch noch kein Grund, die von Breit geäusserte Ansicht zu akzeptieren. Ja, Breit selbst muss zugeben [2]), dass sich alle diese Erwägungen auf das rein subjektive Moment beziehen, welche Absicht der Kommissionär bei Abschluss des aufgegebenen Geschäfts gehabt hat. Und er räumt weiter ein, dass auch solche Abschlüsse, die bereits vor Erteilung der Kommission erfolgt sind, selbst

[1]) cf. Exkurs zu § 400 Anm. 9.

[2]) cf. S. 109.

wenn sie inhaltlich dem kommittierten Geschäfte völlig entsprechen würden, nicht in Rechnung gestellt werden dürfen. Dass auch solche Geschäfte sogenannte „Interna“ sind bezw. sein können, liegt auf der Hand. Warum also verneint Breit, der doch sicherlich sonst streng logisch und konsequent konstruierte, gerade bei diesen „Internas“ das Recht zum Selbsteintritt? Warum zieht er gerade hier eine Grenze, wo doch auch der dem Kommittenten obliegende Gegenbeweis ausserordentlich schwierig wäre? Jedenfalls hat er doch gefühlt, dass eine solche Rechtsstellung des Kommissionärs als eine zu freie empfunden würde und deshalb verneint er hier die Dispositionsbefugnis. Mit dem gleichen Rechte wie vorher hätte er sie aber auch hier bejahen können, denn der wirtschaftliche Erfolg ist ja derselbe und unter 1000 Fällen wird es kaum in einem dem Kommittenten gelingen, einen Gegenbeweis zu führen.

Es ist daran festzuhalten, dass der Selbsteintritt nur möglich ist, solange der Kommissionsauftrag noch keine anderweitige Erledigung gefunden hat. Diese hat er aber gefunden mit dem Augenblicke, da der Kommissionär in Ausführung des Kommissionsauftrages mit einem Dritten abgeschlossen hat. Ob dies nun, bei Verschweigung der Sachlage und hinterher erklärtem Selbsteintritt, ans Tageslicht kommt oder nicht, ob es sich nachweisen lässt oder nicht, das ist vollständig gleichgültig. Juristisch ist das eben kein reelles Geschäftsgebahren.

Es kommt aber noch ein weiteres hinzu, nämlich der Umstand, dass das Gesetz selbst im § 401 Abs. 2 den Kommittenten vor einer solchen Willkür des Kommissionärs einigermassen geschützt hat.

Die Vorschrift lautet nämlich:

Hat der Kommissionär vor der Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlass der erteilten Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er dem Kommittenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen.

Damit ist der Wille des Gesetzgebers genau präzisiert. Und der besagt eben, dass doch gewisse Rechte des Kommittenten in die Rechtsphäre der „Interna" des Kommissionärs übergreifen und, wenn auch der vom Kommittenten zu führende [1]) Gegenbeweis sehr schwierig ist, so muss Recht doch Recht bleiben und folgerichtig eine Befugnis des Kommissionärs zum Selbsteintritt selbst bei einem intern gebliebenen, aber doch bereits ausgeführten Kommissionsauftrag verneint werden.

5. Keiner weiteren Erörterung bedarf es, dass der Selbsteintritt dann nicht mehr erfolgen kann, wenn die anderweite Ausführung schon angezeigt ist oder wenn der Kommissionär sonstwie den Selbsteintritt abgelehnt hat.

§ 4.

II. Die Ausübung des Selbsteintrittsrechtes.

Liegen die vorstehend erörterten Voraussetzungen vor, so hat der Kommissionär kraft Gesetzes die Befugnis, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Käufer zu übernehmen. Dies ist das sogenannte Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs — wie bereits erwähnt, keine Pflicht, sondern

---

[1]) cf. Staub Exkurs zu § 401 Anm. 7.

ein Recht, dessen Ausübung dem Willen des Kommissionärs anheimgegeben ist. Der Kommittent soll ja keinen Vorteil von dem Selbsteintrittsrechte haben.

Auf welche Art geschieht nun die Ausübung des Selbsteintrittsrechtes?

Sie geschieht durch eine Erklärung des Kommissionärs. Bei der ersten Betrachtung dieser Materie ergibt sich sofort die Unterscheidung in Form und Zeit der Ausführungserklärung.

1. Die Form der Ausführungserklärung:

Gemäss § 384 Abs. 2 H. G. B. hat der Kommissionär dem Kommittenten „von der Ausführung unverzüglich Anzeige zu machen." Diese Anzeige ist also sofort zu machen und muss entweder den Namen des Drittkontrahenten enthalten [1]) oder sie muss erkennen lassen, dass der Kommissionär als Selbstkontrahent eingetreten ist. Ist sie derart allgemeinen Inhalts, dass sie lediglich besagt, das Geschäft sei ausgeführt, so greift die Vorschrift des § 405 I H. G. B. Platz. Dieser § bestimmt, dass es als Erklärung des Geschäftsabschlusses mit einem Dritten gelten solle, wenn der Kommissionär die Ausführung der Kommission anzeigt, ohne ausdrücklich zu bemerken, dass er selbst eintreten wolle.

Es ist also erforderlich eine ausdrückliche Erklärung, dass der Selbsteintritt stattfinde.

Es ist hier darauf hinzuweisen, dass die Bestimmung des § 405 I absolut nicht in einem Widerspruche steht zu dem Art. 376 III des alten H. G. B. Hiernach war bestimmt, dass im Falle einer Anzeige über die Ausführung

---

[1]) cf. Staub, Excurs zu § 384 Anm. 13.

des Auftrags, welche keinen Drittkontrahenten namhaft machte, der Kommittent den Kommissionär als Käufer oder Verkäufer in Anspruch nehmen konnte. Also war das eine Selbsthaftung des Kommissionärs. Wenn unter der Herrschaft des neuen H. G. B. ein Kommissionär eine Anzeige gem. § 405 I, ohne einen Drittkontrahenten namhaft zu machen abgibt und das Gesetz bestimmt, dass dies als Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten aufzufassen sei, so ist das kein Widerspruch. Denn Art. 376 III alt. H. G. B. betraf ja auch nicht einen etwa zu fingierenden Selbsteintritt, sondern stellte nur im Falle einer solch mangelhaften Anzeige den Kommissionär als selbsthaftend hin.

Die Theorien zur Zeit der Herrschaft des a. H. G. B. fassten allerdings allgemein diese „Selbsthaftung" als eine Art „Selbsteintritt" auf und sprachen hier von einer „Perfektion des Selbsteintritts durch Willensakt des Kommittenten". [1]) Man fingierte eben bezüglich der Haftung des Kommissionärs den Selbsteintritt. [2])

Der Grund, weshalb der Kommissionär in der Ausführungsanzeige einen Dritten nicht immer namhaft macht, ist klar. Er will dem Kommittenten seine Geschäftsbeziehungen nicht offenbaren, damit er demselben nicht entbehrlich werde.

Auf der anderen Seite ist aber auch der Kommittent nicht der Willkür des Kommissionärs preiszugeben.

Das neue Recht hat, um vollkommen die Unrichtigkeit der alten Theorien vom „fingierten Selbsteintritt" zu deklarieren, einesteils die nunmehrige gesetzliche Regelung dieser

---

[1]) cf. Schaps S. 27.

[2]) cf. Seuff. Archiv Bd. XXVII, 51.

Frage von den Vorschriften über das Selbsteintrittsrecht getrennt, anderenteils aber auch bestimmt, dass diese Selbsthaftung mit dem Selbsteintritte gar nichts gemein hat. Sie ist sogar etwas total verschiedenes. Der Selbsteintritt ist eben ein Recht des Kommissionärs und erfordert dessen Willenserklärung zur Perfektion.

Als wichtigste Folge dieser Neuerung ergibt sich, dass heute im Falle der Selbsthaftung dem Kommissionär nicht die erleichterte Rechenschaftspflicht der §§ 400 zugute kommt, während dies früher[1]) der Fall gewesen.

Nach § 384 III haftet der Kommissionär dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

Wir sehen also, dass das Gesetz die Folgen mangelhafter Ausführungsanzeigen regelt und, wie bereits oben erwähnt, verlangt, dass der Selbsteintritt ausdrücklich erklärt werde.

Die „Ausdrücklichkeit" ist dahin aufzufassen, dass[2]) sie „geeignet ist, einem vernünftigen Kommittenten über die neue Rechtstellung des Kommissionärs unzweideutig Aufschluss zu geben."

Die Selbsteintrittserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muss dem Kommittenten gegenüber abgegeben werden.

---

[1]) cf. Einleitung.
[2]) cf. Breit S. 98.

2. Es fragt sich nun, innerhalb welcher Zeit vermag sie noch den Selbsteintritt zu erzeugen, welches sind die zeitlichen Grenzen?

Wir haben oben erwähnt, dass jeder Kommissionär zur sogenannten Ausführungsanzeige verpflichtet ist. Es wird deshalb regelmässig, wie es ja auch in der Natur der Sache gelegen, der Kommissionär seine Selbsteintrittserklärung gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige abgeben.

Es ist ohne weiteres klar, dass die Selbsteintrittserklärung früher wie die Ausführungsanzeige erfolgen kann Denn der Zweck der Selbsteintrittserklärung ist es, Ungewissheit beim Kommittenten zu verscheuchen und ihm die Gewissheit zu geben, ob er den Kommissionär als Proprehändler zu betrachten hat oder nicht.

Es widerspricht nun diesem Zwecke nicht, ja es ist sogar äusserst förderlich zu seiner Erreichung, wenn diese Klarstellung der Rechtslage möglichst früh erfolgt.

Tatsächlich wird dies wohl nicht allzuhäufig vorkommen, denn das Selbsteintrittsrecht ist ein Vorteil des Kommissionärs und den wird er sich eben möglichst lange zu wahren suchen.

Aber auch nicht allzulange darf er die Eventualität sich reservieren. Denn hier hat das Gesetz im § 405 Abs. II eine Schranke gezogen, indem es bestimmt:

Eine Vereinbarung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, dass die Erklärung darüber, ob die Kommission durch Selbsteintritt oder durch Abschluss mit einem Dritten ausgeführt sei, später als am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben werden dürfe, ist nichtig.

Folglich ist durch jus cogens als spätester Termin zur Selbsteintrittserklärung der Tag der Abgabe der Ausführungsanzeige festgesetzt.

3. Während nun Vereinbarungen gegen § 405 Abs. II als nichtig zu erachten sind, sind solche gegen § 405 Abs. I, der jus dispositivum ist, zulässig.

Die praktische Folge hiervon ist die, dass im voraus für ein einzelnes Geschäft oder für eine Reihe von Geschäften seitens des Kommittenten auf die Abgabe der ausdrücklichen Selbsteintrittserklärung verzichtet werden darf.

So pflegen denn auch Banken[1]) in ihre Geschäftsbedingungen aufzunehmen, dass sie ihren Kunden gegenüber stets als Selbstkontrahenten eintreten, ohne dass es der nach § 74 Börs. G.[2]) erforderlichen Anzeige bei der Ausführung der einzelnen Aufträge bedürfe, dass also die Kunden (Kommittenten) auf Abgabe dieser Erklärung ein für allemal verzichten. Derartige Vereinbarungen sind gültig.

So lauten auch die diesbezüglichen Geschäftsbedingungen des Vereines Mannheimer Banken und Bankiers: „Aufträge zum Ankauf oder Verkauf von Wechseln oder Wertpapieren, für die ein Markt- oder Börsenpreis amtlich festgestellt ist, sind, falls nicht eine gegenteilige Erklärung am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben wird, von der Bank als Selbstkontrahentin vollzogen. Dies gilt auch dann, wenn die Anzeige in der üblichen Weise durch Meldungen, wie: „Wir kauften“ oder „Wir verkauften für Sie“ erfolgt. Die Bank ist berechtigt, den Auftrag durch Abschluss mit einem

---

1) cf. Lithauer, H. G. B. Guttentagsche Sammlung S. 547 Anm. b. zu § 405.

2) § 405 H. G. B.

Dritten zu erledigen [1]). Das Recht der Bank, als Selbstkontrahentin das ihr aufgetragene Geschäft auszuführen, kann nur durch ausdrückliche Erklärung des Kunden ausgeschlossen werden."

4. Mit welchem Zeitpunkte ist nun der Selbsteintritt perfekt?

Diese ausserordentlich bestrittene Frage [2]) ist m. E. für das neue Recht klipp und klar vom Gesetze selbst beantwortet.

Es ist davon auszugehen, dass ein Vertrag so lange noch nicht als perfekt zu betrachten ist, als er noch einseitig widerrufen werden kann. Nach der Perfektion eines Vertrages richtet sich der Widerruf nach den Regeln vom Rücktritte.

Das H. G. B. hat nun — und es ist sehr gut, dass es dies getan — ganz genau den Zeitpunkt fixiert, bis zu welchem der Kommittent widerrufen kann und ebenfalls ganz genau den Zeitpunkt, in welchem es die Kommission als ausgeführt betrachtet.

Es sind diese Bestimmungen enthalten in den §§ 405 III und 400 II. Letzterer ist sogar jus cogens [3]), da er zum Nachteile des Kommittenten nicht abgeändert werden kann.

Die angezogenen Gesetzesstellen lauten:

§ 405 III: Widerruft der Kommittent die Kommission und geht der Widerruf dem Kommissionär zu, bevor die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist, so steht dem Kommissionär das Recht des Selbsteintritts nicht mehr zu.

---

[1]) cf. aber § 401 II!

[2]) cf. Breit S. 125 ff., Schaps S. 25 ff., Lepa S. 99 ff. u. a. m.

[3]) cf. § 402.

und

§ 400 II . . . . . Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat.

Es gilt also kraft Gesetzes als Zeitpunkt der Perfektion des Selbsteintrittes der Moment der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung an den Kommittenten.

Zu erwähnen ist, dass das Gesetz nicht, wie Breit [1]) annimmt, als Zeitpunkt der Perfektion die Absendung der Ausführungsanzeige fixiert, sondern ausdrücklich und zweimal den Zeitpunkt der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung an den Kommittenten.

Dieser Unterschied ist natürlich von praktischer Bedeutung. Es ist nämlich [2]) nicht der Zeitpunkt gemeint, wo beispielsweise der Bote eines Bankiers die Anzeige an die Transportbehörde abgibt, sondern der Zeitpunkt, wo der Bankier seinem Boten die Anzeige übergibt, damit dieser sie der Transportbehörde übergebe.

Es sei schliesslich bemerkt [3]), dass allgemeinen Rechtsgrundsätzen nach das Selbsteintrittskommissionsgeschäft erst dann perfekt wäre, wenn die Ausführungsanzeige mit der Benachrichtigung vom Selbsteintritte dem Kommittenten zugegangen wäre (empfangsbedürftige Willenserklärung).

Aber das H. G. B. hat nun einmal den Zeitpunkt der Perfektion zurückverlegt auf den Moment der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung an den Kommittenten und damit müssen wir uns abfinden.

---

[1]) cf. S. 126.

[2]) cf. Staub, Exknrs zu § 400 Anm. 19.

[3]) cf. Düringer-Hachenburg Bd. III Exkurs zu § 405.

§ 5.

III. Rechtliche Wirkungen der Ausführung eines Kommissionsauftrages durch Selbsteintritt.

A. Natur des rechtlichen Verhältnisses zwischen Kommittent und Kommissionär.

Der Kommissionsvertrag ist nicht als ein Dienstvertrag, sondern als ein Werkvertrag zu erachten, und zwar als ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

Es kommt nämlich auf den Erfolg der Tätigkeit des Kommissionärs, den Abschluss mit einem Dritten oder Selbsteintritt, nicht aber auf diese Tätigkeit selbst an [1]).

Er ist ferner ein Werkvertrag und kein Dienstvertrag, weil ein Dienstvertrag — Lidlohnvertrag i. S. v. § 61 K. O.! — zur Voraussetzung hat ein dauerndes Anstellungsverhältnis [2]).

Das Reichsgericht [3]), sowie die Denkschrift zum Entwurfe eines H. G. B. [4]) nehmen Dienstvertrag als vorliegend an. Desgleichen Gareis [5]) sowie Staub [6]), welch letzterer sich im Zweifel für Dienstvertrag entscheidet.

Da es sich um einen Werkvertrag handelt, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, so finden, gemäss § 675 B. G. B., die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 B. G. B. entsprechende Anwendung. Diese §§

---

[1]) cf. Düringer-Hachenburg III S. 340 ff., Wandelt, rechtliche Natur des Kommissionsgeschäftes nach dem Entwurfe eines H. G. B. S. 28 ff., Lotmar, Arbeitsvertrag S. 264 ff.

[2]) cf. Jäger K. O. §§ 23 Anm. 7 und 61.

[3]) cf. Urteil vom 29. X. 04 J. W. 34, 20.

[4]) cf. von Hahn, Materialien S. 383.

[5]) H. G. B. Vorbem. zu § 383.

[6]) cf. S. 1419, 1420.

regeln die Hauptgrundsätze des im 10. Titel des siebenten Abschnittes des Rechtes der Schuldverhältnisse behandelten Auftrags.

Nicht in Anwendung kommen folglich die §§ 664 und 671 Abs. I B. G. B.

Und gerade das Fehlen dieser Bestimmungen stützt die Annahme eines Werkvertrages.

Denn der Widerruf eines Kommissionsauftrages — § 671, Abs. I B. G. B. — hat seine spezielle Regelung im H. G. B. gefunden und die im § 664 B. G. B. behandelte Übertragungsmöglichkeit der Ausführung auf einen Dritten, welche im Zweifel ausgeschlossen sein soll, widerspricht der ganzen Natur eines Kommissionsauftrages ebenfalls, bedarf daher gar keiner ausdrücklichen Erwähnung [1]).

Es ist also anzunehmen, dass mit der Erteilung eines Kommissionsauftrages an den Kommissionär und der Annahme dieses durch denselben ein Werkvertrag zustande gekommen ist.

Wird nun, nach dem Wortlaute des Gesetzes, der Kommissionsauftrag *dadurch ausgeführt*, dass der Kommissionär von seiner Befugnis zum Selbsteintritte Gebrauch macht, so stehen sich von diesem Momente an, ebenfalls nach dem gewiss nicht unbeabsichtigten Wortlaute des Gesetzes, Kommittent und Kommissionär **als** (d. i. nicht „wie") Käufer bezw. Verkäufer gegenüber, folglich liegt nunmehr ein Kaufvertrag vor.

Da sich nun aber, ebenfalls nach dem Wortlaute des Gesetzes, dieser Kaufvertrag als eine Ausführung des Kom-

---

1) Übereinstimmend Breit S. 139 Anm. 379.

missionsauftrages präsentiert, so finden naturgemäss, was ja auch von niemanden bestritten wird, auf eine durch Selbsteintritt ausgeführte Kommission die Regeln zweier Verträge Anwendung. Diese Verträge sind der Kommissionsvertrag und der Kaufvertrag.

Die Grünhutsche Ansicht[1]), dass nur ein Mandatsverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär bestehe, während der Kommissionär in der einen Eigenschaft als solcher und in der anderen als Käufer oder Verkäufer sich selbst gegenüberstehe, demnach der Kommissionär lediglich die actio mandati contraria habe, kann für das geltende Recht mit Aussicht auf Erfolg nicht verfochten werden.

B. Rechtswirkungen aus dem Kommissionsvertrage.

Da der Kommissionär trotz des Selbsteintrittes immer noch Kommissionär bleibt, ergeben sich folgende Rechte und Pflichten für ihn:

1. Pflichten:

a) Durch den Kommissionsauftrag wird ein Treueverhältnis begründet. Denn gem. § 384 Abs. I H. G. B. ist der Kommissionär verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Verletzungen dieser Verpflichtung machen den Kommissionär schadensersatzpflichtig.

b) Der Kommissionär ist, wie bereits besprochen, verpflichtet, dem Kommittenten die Ausführung des Kommissionsauftrages durch Selbsteintrittserklärung anzuzeigen[2]).

---

[1]) cf. Grünhut S. 485.

[2]) cf. § 384 II und 405 I.

Diese Rechtswirkung ist also eigentlich eine Voraussetzung des Selbsteintrittsrechtes.

c) Gemäss § 384 II S. 2 ist der Kommissionär ferner verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen. Im Falle der Kommissionsausführung durch Selbsteintritt sind für diese Rechenschaftspflicht grundlegend die Bestimmungen des H. G. B. über den Preis, den Kaufpreis, der in Rechnung gestellt werden darf. Wir haben also eine indirekte Regelung der Rechenschaftspflicht durch die Normen der Preisberechnung und keine direkte, wie Breit[1]) annimmt[2]).

Die der Preisberechnung zugrundegelegten Bestimmungen § 400 Abs. 2—5, § 401 H. G. B. sind[3]) jus cogens insoferne, als sie zum Nachteile des Kommittenten durch Vertrag nicht geändert werden können. Zum Nachteile des Kommissionärs ist vertragliche Verschärfung wohl zulässig. Hiernach ergeben sich für die Preisberechnung folgende Sätze:

α) Der Kommissionär hat nachzuweisen, dass bei dem berechneten Preise der zurzeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Als Zeit der Ausführung gilt, wie bereits früher erörtert, der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat. H. G. B. § 400 II.

Abgesehen von der Bestimmung des Zeitpunktes der Ausführung der Kommission, war der geschilderte Nachweis auch schon im alten H. G. B. Art. 376 Abs. II. S. 1 als

---

1) S. 150 ff.

2) cf. Düringer-Hachenburg Bd. III Exkurs zu § 400.

3) cf. § 402 H. G. B.

erforderlich und genügend festgesetzt worden. Weitere Grenzen für die Preisberechnung kannte aber das alte Recht nicht und dies war die Ursache der früher erwähnten Auswüchse und Missstände, besonders des Kursschnittes.

Um diesem zu steuern stellt das neue H. G. B. im § 400 III—V drei weitere Normen auf.

β) § 400 III bestimmt:

Ist bei einer Kommission, die während der Börsen- oder Marktzeit auszuführen war, die Ausführungsanzeige erst nach dem Schlusse der Börse oder des Marktes zur Absendung abgegeben, so darf der berechnete Preis für den Kommittenten nicht ungünstiger sein als der Preis der am Schlusse der Börse oder des Marktes bestand.

Diese Bestimmung betrifft den Regelfall, dass nämlich die Kommission während der Börsen- oder Marktzeit auszuführen war, und hier darf der Kommissionär, wenn er so hoch wie es erlaubt berechnen will, doch keinen Preis in Rechnung stellen, der für den Kommittenten ungünstiger wäre wie der Schlusskurs. Er hat es aber in der Hand [1]), durch sofortige Abgabe der Anzeige zur Absendung sich einen momentan für ihn günstigen Selbsteintrittskurs zu sichern.

γ) § 400 IV. H. G. B. bestimmt:

Bei einer Kommission, die zu einem bestimmten Kurse (erster Kurs, Mittelkurs, letzter Kurs) ausgeführt werden soll, ist der Kommissionär ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige berechtigt und verpflichtet, diesen Kurs in Rechnung zu stellen. Damit geht Hand in Hand die Vorschrift des § 385 H. G. B., dass der Kom-

[1]) cf. Breit S. 152.

missionär, der nicht den Weisungen des Kommittenten gemäss handelt, diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet sei und dass der Kommittent das betreffende Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen brauche (bezw. hier im Falle des Selbsteintrittes diesen zurückweisen könne).

Nach dieser positiven, zwingenden Norm darf der Kommissionär weder günstiger kaufen noch verkaufen. Er muss dem Kommittenten den von diesem verlangten Kurs seiner Rechnungsablage zu Grunde legen [1]). Hier darf der Preis, im Gegensatze zu den Bestimmungen des § 400 Abs. III ungünstiger sein als der Preis, der am Schlusse der Börse bestand, denn hier will der Kommittent die Börsenlage beeinflussen. § 401 kann daneben nicht inbetracht kommen.

δ) § 400 Abs. V bestimmt und zwar speziell:

Bei Wertpapieren und Waren, für welche der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann der Kommissionär im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt dem Kommittenten keinen ungünstigeren Preis als den amtlich festgestellten in Rechnung stellen.

Wenn also der Kurs amtlich festgestellt wird, so muss mindestens der amtliche Kurs in Rechnung gestellt werden.

Bei Notierung mehrerer Preise ist stets der günstigste zu nehmen.

Gegenbeweis gegen die Richtigkeit der amtlichen Notiz von seiten des Kommissionärs ist nicht ausgeschlossen.

ε) Der § 401 H. G. B.

---

1) Zustimmend Düringer-Hachenburg Bd. III zu § 400, abw. Makower § 400 III 5, Staub, II S. 1466.

Dieser § ist zu berücksichtigen, auch in den Fällen eines vereinbarten Selbsteintrittes [1]).

Er lautet:

Abs. I: Auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt hat der Kommissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmässiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren als dem nach § 400 sich ergebenden Preise ausführen konnte (besser: hätte ausführen können), dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen.

und

Abs. II: Hat der Kommissionär vor der Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlass der erteilten Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen; so darf er dem Kommittenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen.

Dieser § kann nicht durch Vertrag zum Nachteil des Kommittenten abgeändert werden. (§ 402.) Voraussetzung seiner Anwendung ist im Falle des Abs. I, dass der Kommissionär pflichtwidrig, unter Verletzung der ihm obliegenden Sorgfalt, sei es wissentlich oder fahrlässig, es versäumt hat, die Gelegenheit zu günstigerem Abschluss für den Kommittenten wahrzunehmen. Nach Breit [2]) ist es gleichgültig, ob dieser günstigere Preis gerade an der Börse oder am Markte des vertragsmässigen Ausführungsortes sich dargeboten hatte. Der Kommissionär darf auch eine anderweit sich ihm darbietende Ausführungsgelegenheit nicht zurückweisen.

---

[1]) abw. Düringer-Hachenburg III Exk. zu § 401.

[2]) cf. S. 163.

Es muss also der Kommissionär, wenn er im Sinne von § 401 Abs. I die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, den günstigeren Preis berechnen, den er hätte erzielen können.

Voraussetzung für die Anwendung des § 401 Abs. II ist, dass der Kommissionär aus Anlass des erteilten Kommissionsauftrages vor Absendung der Ausführungsanzeige an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten zu günstigerem Kurse abgeschlossen hat. Er darf dann dem Kommittenten keinen ungünstigeren Preis als den hierbei vereinbarten berechnen.

Diese Bestimmung richtet sich in erster Linie gegen den sogenannten Kursschnitt. Und zwar hat der Wortlaut des Gesetzes: „aus Anlass" die früher bestandene Schwierigkeit behoben. Das frühere Recht [1]) kannte zwar auch das Recht des Kommittenten, für den Fall, dass der Kommissionär von einem Dritten „in Ausführung des Kommissionsauftrages" [2]) billiger gekauft oder an ihn teurer verkauft hatte, den günstigeren Kurs zu verlangen. Aber der Nachweis eines „Abschlusses in Ausführung des Kommissionsauftrages" war einmal schwer zu erbringen und umfasste auf der anderen Seite nicht auch Geschäfte, welche zum Zwecke des Selbsteintrittes geschlossen wurden.

Dem ist nun abgeholfen durch die Worte „aus Anlass". Denn diese umfassen beides: den Abschluss in Ausführung der Kommission und den Abschluss zwecks Selbsteintritt.

Die Beweislast trifft für den Fall des § 401 I und II den Kommittenten. Nach § 79 Nr. 2 des Börsengesetzes wird der Kommissionär mit Gefängnis (mildernde Umstände Geld-

1) cf. v. Hahn Z. f. H. R. XXIX S. 8.

2) cf. Staub S. 1465.

strafe) und daneben mit Geldstrafe bis zu 3000 ℳ sowie mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft, der um sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen bei der Ausführung eines Auftrags oder bei der Abwicklung eines Geschäftes absichtlich zum Nachteile des Kommittenten handelt. Dadurch werden die Vorschriften des § 401 verschärft.

d) Schliesslich hat der selbsteintretende Kommissionär im Falle der Verkaufskommission unter den Voraussetzungen des § 390 H. G. B. die Verantwortlichkeit für die Beschädigung des Kommissionsgutes, woraus die Pflicht zur Sorge für das Kommissionsgut resultiert.

2. Rechte:

Die Rechte des selbsteintretenden Kommissionärs, welche ihm aus dem Kommissionsvertrage zustehen sind:

a) § 403 H. G. B. bestimmt:

Der Kommissionär, der das Gut selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt, ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Kosten berechnen.

Diese Vorschrift beruht auf dem bereits mehrfach erwähnten Grundsatze, dass der Kommittent vom Selbsteintritte des Kommissionärs keinen Vorteil haben soll. Es darf der Kommissionär die gewöhnliche, übliche Provision auch im Selbsteintrittsfalle berechnen. (Selbstverständlich keine del credere Provision, weil er ja gar nicht del credere steht!) Aber auch die sonst regelmässig vorkommenden Kosten sind ihm gegeben und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie ihm wirklich entstanden sind oder nicht. Diese Vorschrift ist sehr wichtig und hat schon zu vielen Strafprozessen wegen

Betruges Anlass gegeben. Aber tatsächlich erlaubt das Gesetz die Inrechnungstellung ohne Rücksicht auf die Wirklichkeit der Auslagen. Als solche sind zu betrachten vor allem die Maklercourtage, Wägegelder, Lagermiete, Stempel[1]) und schliesslich wohl auch Depeschenkosten, da ja das Gesetz keine andere Grenze zieht, als „gewöhnlich vorkommend“[2]). Zu erwähnen sei noch, dass § 403 H. G. B. ein weiterer Beweis dafür ist, dass der Selbsteintritt als eine Ausführung der Kommission zu erachten ist.

b) Der § 404 H. G. B. bestimmt:

Die Vorschriften der §§ 397, 398 finden auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt Anwendung.

Diese Vorschrift enthält sowohl gegenüber dem früheren H. G. B. wie auch gegenüber dem Börsengesetze eine wichtige Neuerung. Demnach hat der selbsteintretende Kommissionär, da er ja immer noch Kommissionär ist, das sogenannte in § 397 H. G. B. näher statuierte gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs. Gemäss § 398 kann er dann, wenn er Eigentümer des Pfandgutes ist (also wichtigster Fall beim Annahmeverzug des Kommittenten im Falle einer durch Selbsteintritt ausgeführten Einkaufskommission), sich für die durch das gesetzliche Pfandrecht des § 397 H. G. B. geschützten Forderungen nach Massgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus dem Gute befriedigen[3]).

---

[1]) Dagegen Weber Bd. 44 S. 37.

[2]) Betr. Depeschenkosten cf. Urteil der Strafkammer Würzburg vom 22. Mai 1906, Fall des Bankiers Scheidt von Kitzingen.

[3]) cf. von Hahn, Materialien zum H. G. B. S. 390: Neu ist die Vorschrift des § 396 (= 404 d. G.). Sie entscheidet eine bisher bestrittene Frage, indem sie dem Kommissionär, der vom Selbsteintrittsrechte Gebrauch macht, das Recht wahrt, sich aus dem an den Kom-

Es ist hier nicht der Raum auf Einzelnheiten einzugehen, aber die eine Frage mag geklärt werden, ob der Kommissionär beim Selbsteintritt auch für die regelmässig vorkommenden und von ihm in Rechnung gestellten, von ihm aber in Wirklichkeit nicht aufgewendeten Kosten ein Pfandrecht gemäss § 397 hat. Diese Frage muss verneint werden, welche sonderbare Konsequenz daraus zu ziehen ist, dass § 397 Pfandrecht nur für auf das Gut verwendete Kosten gewährt.

Dass diese Kosten nicht unter den Begriff der Forderungen aus laufender Rechnung fallen können, dürfte klar sein, sonst widerspräche sich ja das Gesetz selbst. Und unter laufender Rechnung ist doch sicherlich ein Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär gemeint, wo die einzelnen Forderungen zu blossen Buchungsposten herabsinken. Wenn nun das erste Geschäft kommittiert wird, gibt es eben noch keine laufende Rechnung, folglich könnten die obenerwähnten Kosten schon deshalb nicht unter den Begriff laufende Rechnung fallen.

c) Unter den Voraussetzungen des § 369 H. G. B. steht dem Kommissionär bezw. auch dem Kommittenten das kaufmännische Retentionsrecht zu.

C. Rechtswirkungen aus dem Kaufvertrage.

Das Gesetz bezeichnet im § 400 den selbsteintretenden Kommissionär ausdrücklich als einen Käufer oder Verkäufer.

Eine viel präzisere Kodifikation beabsichtigte der preussische Entwurf zum A. H. G. B. in Artikel 249 Absatz III [1]).

---

mittenten verkauften Gute für seine Ansprüche gegen den letzteren, einschliesslich der Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften nach Massgabe der §§ 389, 390 (397, 398 d. G.) zu befriedigen.

[1]) cf. Anschütz-v. Völderndorf, Kommentar z. a. H. G. B. III S. 385.

„Der Kommissionär hat (beim Eintritt als Selbstkontrahent) zugleich die Rechte und Pflichten eines Käufers oder Verkäufers.“ Bei der zweiten Lesung wurde diese Bestimmung ohne Angabe von Gründen gestrichen. Sie wäre besser stehen geblieben.

Es war aber von jeher herrschende Meinung, dass beide Parteien rücksichtlich Erfüllung, Verzug u. s. w. Rechte und Pflichten wie jeder andere Käufer oder Verkäufer haben.[1])

Rechte und Pflichten aus Kommissions- wie Kaufvertrag stehen sich wechselseitig völlig gleichberechtigt gegenüber.

Es ist keine Klagänderung, wenn in der Verhandlung Selbsteintritt angegeben wird (actio mandati contraria — actio venditi), nur eine zulässige Erläuterung des Klagevorbringens[2]).

Die rechtlichen Wirkungen aus dem Kaufvertrage erstrecken sich namentlich auf viererlei: auf Verzug, Gefahrübergang, Mängelrüge und Eigentumsübergang.

Es würde weit über den Rahmen der hier gestellten Aufgabe hinausgehen, wollte man alle Eventualitäten erörtern, die bei jenen vier Punkten eintreten können. Nur folgendes sei bemerkt:

1. Verzug.

Die Folgen des Verzuges werden geregelt im H. G. B. durch die §§ 373, 375 und 376. Im B. G. B. durch die §§ 285 ff., 293 ff. und 326 ff.

---

[1]) cf. von Kräwel in Buschs Archiv Bd. XI S. 120 Entsch. d. R. O. H. G. Bd. I S. 91 und Bd. VI S. 368; v. Hahn, Materialien z. H. G. B. S. 386: Tritt der Kommissionär selbst als Käufer ein, so finden die Vorschriften der §§ 369—371 = § 77 ff. d. G. unmittelbare Anwendung.

[2]) Seuff. Arch. 20, 249.

§ 373 H. G. B. regelt den Annahmeverzug des Käufers und den sogenannten Selbsthilfeverkauf. Also für unser Thema die Fälle, in denen bei der Einkaufskommission der Kommittent, bei der Verkaufskommission der selbst kontrahierende Kommissionär mit der Annahme des Kommissionsgutes im Verzuge ist.

Es sind aber dem Verkäufer durch den § 374 H. G. B. auch die Befugnisse belassen worden, welche ihm nach dem bürgerlichen Gesetzbuche zustehen, wenn der Käufer im Annahmeverzuge ist. Demnach kann der Verkäufer den Ersatz der Mehraufwendungen gemäss § 304 B. G. B. verlangen, die er für das erfolglose Angebot, sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste, und gemäss § 383 B. G. B. die geschuldete bewegliche Sache (Kommissionsgut), wenn sie zur Hinterlegung nicht geeignet ist, am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös hinterlegen.

§ 375 H. G. B. regelt den Fall des sogenannten Spezifikationskaufes. Hier kann der Verkäufer statt des Käufers die Bestimmung vornehmen oder gemäss § 326 B. G. B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

§ 376 H. G. B. endlich betrifft den Verzug beim sogenannten Fixhandelskauf. Der nichtsäumige Teil hat die Wahl, vom Vertrage zurückzutreten oder, falls der Schuldner im Verzuge ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Er kann auch Erfüllung beanspruchen, aber nur, wenn er sofort nach Ablauf des Fixationspunktes dem Gegner anzeigt, dass er auf Erfüllung bestehe.

Diese Vorschriften finden im Falle eines Selbsteintritts nach geltendem Rechte unmittelbar Anwendung.

2. Gefahrübergang.

Im Gegensatz zum römischen Rechte bestimmt § 446 B. G. B. dass die Gefahr des zufälligen Untergangs, sowie einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache mit der Übergabe auf den Käufer übergehe.

Beim Distanzkaufe (was bei Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt die Regel ist) geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Kaufsache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Tritt bei der Verkaufskommission der Kommissionär erst nach Übersendung der Ware als Selbstkontrahent ein, so erfolgt der Übergang der Gefahr mit dem Momente der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung an den Kommittenten. Es wird also nicht etwa auf den Zeitpunkt des § 447 B. G. B. zurückdatiert [1]).

3. Mängelrüge.

Für den Fall, dass der Kommissionsvertrag auch auf Seite des Kommittenten ein Handelsgeschäft ist, greifen für die Untersuchung des Kaufgutes und die Rüge etwaiger Mängel die Vorschriften der §§ 377, 378 H. G. B. Platz.

Ist der Kommittent kein Kaufmann, so haftet der Kommissionär nach den Bestimmungen der §§ 459 ff. B. G. B.

Die Verpflichtung zur Mängelrüge datiert erst vom Momente der Perfektion des Selbsteintrittes an, da, wie früher bereits erörtert, die Kaufvertragswirkungen erst vom Zeitpunkte des Abschlusses des Selbsteintrittes an entstehen.

4. Eigentumsübergang.

Derselbe regelt sich — und muss sich auch regeln nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes [2]).

---

1) Zust. Breit S. 182.

2) cf. Hahn, Materialien z. H. G. B. S. 386.

Die Hauptfälle sind:

1. Bei der Verkaufskommission

a) die Tradition (§ 929 B. G. B.).

b) Einigung über den Übergang des Eigentums, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist (§ 929 B. G. B.). Also hier, wenn das Kommissionsgut vor der Abgabe der Selbsteintrittserklärung zur Absendung an den Kommissionär verschickt worden ist.

2. Bei der Einkaufskommission gibt es regelmässig keine andre Eigentumsübertragung wie das constitutum possessorium (§ 930 B. G. B.) welches in der Selbsteintrittserklärung steckt, oder eventuell die Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 B. G. B.).

Die Besprechung des Eigentumsüberganges führt uns zu:

D. Der Einfluss des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896 auf einen durch Selbsteintritt ausgeführten Kommissionsauftrag.

Es ist zum Verständnis des Verhältnisses dieser gesetzlichen Regelung zu den Vorschriften des neuen H. G. B. notwendig, festzustellen, dass das Bankdepotgesetz eigentlich unter der Herrschaft des alten H. G. B. entstand und zur Geltung gelangte. (Das Börsengesetz regelte vom ganzen Kommissionshandel ja lediglich den Selbsteintrittsfall!)

Für den Selbsteintritt kommen in Betracht die §§ 1, 3, 7 und 10 des Gesetzes.

§ 8 wird besonders zu besprechen sein.

Die im § 1 statuierte Aufbewahrungspflicht kommt im Selbsteintrittsfalle bei der Verkaufskommission ganz in Wegfall. Denn die Papiere werden Eigentum des Kommissionärs.

Bei der Einkaufskommission hat dagegen der Kommissionär die Verwahrungspflicht, sobald er seinen Selbsteintritt erklärt hat.

Nach § 3 des Depotgesetzes ist ein Kommissionär im Falle einer Ausführung eines Einkaufskommissionsauftrages von Wertpapieren der im § 1 d. G. bezeichneten Art (d. s. Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine, [Talons], auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen, oder vertretbare andere Wertpapiere mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld) verpflichtet, dem Kommittenten binnen drei Tagen ein Verzeichnis der Stücke mit Angabe der Gattung, des Nennwertes, der Nummern oder sonstiger Unterscheidungsmerkmale zu übersenden. Falls der Kommissionär, wie es ja beim Selbsteintritte der Fall ist, bei der Anzeige über die Ausführung des Auftrages einen Dritten nicht namhaft gemacht hat, so beginnt die Frist mit dem Ablaufe des Zeitraumes, innerhalb dessen der Kommissionär nach der Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmässigem Geschäftsgange ohne schuldhafte Vorzögerung beziehen konnte.

Ist der Kommissionär mit Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge und holt er das Versäumte auf eine darnach an ihn ergangene Aufforderung des Kommittenten nicht nach binnen dreier Tage, so ist gem. § 4 d. G. der Kommittent berechtigt, das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen.

Allerdings muss der Kommittent binnen weiterer dreier Tage nach dem Ablaufe der Nachholungsfrist dem Kom-

missionär erklären, dass er von obigen Befugnissen Gebrauch machen wolle.

Tut er dies nicht, dann verliert seine Aufforderung ihre Wirkung. § 7 besagt, dass mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten übergehe, so weit der Kommissionär über die Wertpapiere zu verfügen berechtigt ist. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, wonach der Eigentumsübergang früher eintritt, bleiben unberührt.

Der Zweck des Gesetzes ist, durch Normierung von Form und Frist den Kommissionär dazu zu zwingen [1]), innerhalb dieser Frist spätestens den Eigentumsübergang der angeschafften Papiere an den Kommittenten zu bewirken. Deshalb auch die Bestimmung des § 7, dass ein zeitlich früherer Eigentumsübergang nicht mehr von den Normen des Depotgesetzes berührt werde. Je früher, je lieber. Denn infolge der Eigentumsübertragung erhält erst der Kommittent die Möglichkeit im Konkurse des Kommissionärs zu vindizieren. Wie bekannt [2]) hat der Umstand, dass der Kommittent vor Eigentumsübertragung lediglich einen obligatorischen Anspruch hat, zu erheblichen Missständen geführt.

Bis zum Erlasse des vorliegenden Gesetzes waren daher auch eigenmächtige Verfügungen des Kommissionärs über noch nicht abgetretene Papiere nicht strafbar. Die Bestimmungen des Depotgesetzes zwingen aber den Kommissionär zur Eigentumsübertragung, machen ihn gegebenenfalls strafbar und gewähren dadurch einen grossen Schutz.

---

[1]) cf. Riesser, Bankdepotgesetz S. 31.

[2]) cf. Hahn, Materialien z. H. G. B. S. 387.

Es hat auch nicht an Stimmen gefehlt, die auf einen Widerspruch in § 405 I H. G. B. und § 3 Bankdepotgesetz hinwiesen [1]).

Während nämlich § 405 I Abschluss mit einem Dritten präsumiert, wo ein Dritter in der Ausführungsanzeige nicht namhaft gemacht ist, scheint § 3 Depotgesetzes durch die Gegenüberstellung von der Namhaftmachung eines Dritten und der Unterlassung der Namhaftmachung [2]) der Bestimmung im § 405 I zu widersprechen. Aber nur „scheint"; denn eine Nichtnamhaftmachung eines Dritten liegt nicht nur vor im Falle der mangelhaften Ausführungsanzeige des § 405 I, sondern auch im Falle der regelrechten Selbsteintrittserklärung. Hier wird eben auch kein Dritter namhaft gemacht und es bleibt daher für den selbstkontrahierenden Kommissionär bei seiner Verpflichtung gem. § 3 Depotgesetzes. Diese Verpflichtung kommt aber in Wegfall, wenn [3]) der Kommittent auf die Übersendung ordnungsgemäss verzichtet hat. Eine ordnungsgemässe Verzichtleistung erfordert aber zweierlei:

a) wenn der Kommittent gewerbsmässig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, so genügt ein formloser genereller Verzicht ein für allemal,

b) in allen andern Fällen muss der Verzicht ausdrücklich und schriftlich erklärt werden und kann nur für den einzelnen Auftrag erteilt werden.

---

[1]) Düringer-Hachenburg III Exkurs zu § 400, nicht zwischen § 384 III wie Breit S. 148 meint, sondern § 405 I, da § 405 dem § 74 Börs. Ges. entspricht.

[2]) was also nach § 405 I wiederum gleich Abschluss mit dem Dritten wäre.

[3]) cf. Riesser a. a. O. S. 33.

Die vorsätzliche Nichtübersendung eines Stückeverzeichnisses wird nach § 10 II Depotgesetzes mit Gefängnis bis zu zwei Jahren gestraft, wenn der Kommissionär seine Zahlungen eingestellt hat und durch die vorsätzliche Zuwiderhandlung der Berechtigte (also wohl meistens der Kommittent) bezüglich des Anspruchs auf Aussonderung der von jenem eingekauften, eingetauschten oder bezogenen Wertpapiere benachteiligt wird.

Besonderer Erwähnung bedarf noch der § 8 des Depotgesetzes [1]). Nach § 8 Depotgesetzes besteht im Falle einer Verkaufskommission eine Pflicht des Kommissionärs bei der Ausantwortung der Wertpapiere an einen Dritten, diesem mitzuteilen, dass die Papiere fremde seien. Im Falle einer Einkaufskommission hat er gleichfalls bei Weitergabe des Auftrags an einen Dritten diesem mitzuteilen, dass die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe.

Der Zweck dieser Bestimmung ist, zu verhüten, dass bei Verschweigung der Essentialien der Mitteilungspflicht, jener Dritte für seine Forderungen an den Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht an dem Eigentum des Kommittenten erlange.

Verfällt nun gar noch der Kommissionär in Konkurs, so hat der Kommittent das Nachsehen.

Wie ist es nun mit der Vorschrift des § 8 im Falle einer Ausführung des Kommissionsauftrages durch Selbsteintritt?

---

[1]) cf. hierüber Riesser S. 42 ff., Staub, Exkurs zu § 400 Zus, 2 Anm. 31, Düringer-Hachenburg Bd. III Exkurs zu § 400.

Hier kommt die Mitteilungspflicht in Wegfall. Es gewährt also der Selbsteintritt dem Kommissionär hier einen grossen Vorteil.

Im Falle der Verkaufskommission ist nämlich durch den Selbsteintritt der Kommissionär Eigentümer der ihm zum kommissionsweisen Verkaufe übersendeten Papiere geworden. Folglich sind diese dann keine „fremden" mehr.

Ebensowenig ist dann auf der anderen Seite, im Falle der Einkaufskommission nach vollzogenem Selbsteintritt von einem Weitergeben des Auftrags zu sprechen. Das ist dann ein Geschäft, das der Kommssionär mit dem Dritten auf eigene Rechnung und Gefahr abschliesst.

Wohl wissend, welchen Vorteil sie sich wahren, auch in strafrechtlicher Beziehung, vereinbaren daher die Kommissionäre generell, dass sie, falls sie nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges mitteilen, in jedem Falle als Selbstkrontrahenten eintreten. Derartige Vereinbarungen sind, wie bereits früher erwähnt, vollständig unangreifbar gültig. Denn § 405 I H. G. B. ist dispositiver Natur.

Für die Warenkommission hat man [1]) ähnliche Bestimmungen wie obenstehende deshalb nicht eingeführt, weil die Verhältnisse, wie sie bei der Kommission zur Anschaffung von Wertpapieren infolge der dauernden Belassung der eingekauften Papiere im Gewahrsam des Kommissionärs regelmässig vorkommen, im Warengeschäfte nicht häufig sind.

---

1) cf. Hahn, Materialien zum H. G. B. S. 387.

§ 6.

Einfluss des Konkurses auf einen durch Selbsteintritt ausgeführten Kommissionsauftrag.

I. Konkurs des Kommittenten:

Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommittenten erlischt der Kommissionsvertrag. Denn nach § 23 S. II. K. O.[1]) erlischt ein dem Gemeinschuldner gegenüber eingegangener Dienst- oder Werkvertrag, durch den sich jemand verpflichtet hat, ein ihm vom Gemeinschuldner übertragenes Geschäft für diesen zu besorgen. Jedoch kann nach § 672 S. 2 B. G. B. der Beauftragte das Geschäft fortsetzen, bis der Konkursverwalter anderweit Fürsorge treffen kann. Es gilt sogar zu Gunsten des Beauftragten (des Kommissionärs) der Auftrag trotz Erlöschens als fortbestehend, bis er davon Kenntnis erlangte oder erlangen musste, § 674 B. G. B.

Die Konsequenz für uns ist, dass nach Konkurseröffnung über das Vermögen des Kommittenten kein Selbsteintrittsrecht mehr besteht. Es besteht aber noch unter den Voraussetzungen des § 674 B. G. B., was freilich wohl kaum praktisch wird, da ja nach erklärtem Selbsteintritt der Einkaufskommissionär als Verkäufer eine blosse Konkursforderung hätte. Fall des § 674 B. G. B. mit § 27 K. O.

Wird nach § 672 S. 2 B. G. B. die Geschäftsbesorgung fortgesetzt, so wird der Kommissionär mit den diesbezüglichen Auslagen Massegläubiger. § 27 K. O. Begrifflich ist es unmöglich, den Selbsteintritt, wiewohl er eine Ausführung des Kommissionsauftrages ist, unter den „Fortsetzungsbegriff"

[1]) cf. Jäger zu § 17.

des § 672 S. 2 B. G. B. zu bringen. Denn einmal widerspräche dies der ratio legis, die nur ein Weiterbehandeln des erteilten Auftrages im Auge hat, aber keine endgültige Ausführung (cf. . . . . bis anderweit Sorge treffen kann) und dann widerspräche sich ja das Gesetz selbst, wenn es im § 672 S. 2 B. G. B. mit § 27 K. O. den selbsteingetretenen Kommissionär als Massegläubiger und im § 674 B. G. B. mit § 27 K. O. denselben als Konkursgläubiger erachtete.

Es ist also — sei der Selbsteintritt vor oder nach Konkurseröffnung erklärt — in jedem Falle der Kommissionär blosser Konkursgläubiger.

Hat der Kommittent vor seinem Konkurse auf Grund der §§ 384 Abs. III, 400 H. G. B. (Fall der unterlassenen Namhaftmachung eines Dritten — = Selbsthaftung — oder Fall des Selbsteintritts) das Recht der Inanspruchnahme des Kommissionärs auf Erfüllung des Geschäftes erworben, so trifft § 17 K. O. zu — der ja auch bekanntlich nur auf Kaufverträge passt, was wieder ein Beweis der rechtlich-gemischten Natur der Selbsteintrittskommission ist — und es kann der Konkursverwalter vom Kommissionär Erfüllung verlangen bzw. muss sich nach § 17 II K. O. erklären [1]).

II. Konkurs des Kommissionärs:

Hier hat, solange der Kommissionsauftrag noch nicht erfüllt ist, der Kommittent sowie der Konkursverwalter die im § 17 K. O. bezeichneten Rechte und Pflichten.

Ist jedoch der Selbsteintritt erklärt, so bewendet es bei folgendem:

---

[1]) cf. Jäger zu § 17.

Im Falle der Einkaufskommission sowie im Falle der Verkaufskommission hat der Kommittent kein Aussonderungsrecht, sondern eine blosse Konkursforderung [1]).

III. Nach § 44 K. O. steht der Einkaufskommissionär dem Verkäufer selbst dann gleich, wenn er die Kommission nicht durch Selbsteintritt ausgeführt hat.

Daher hat der Einkaufskommissionär im Selbsteintrittsfalle erst recht das Verfolgungsrecht. (right of stoppage in transitu.)

IV. Da der selbsteintretende Kommissionär gemäss §§ 404, 397, 398 H. G. B. ein gesetzliches Pfandrecht hat, ist er auch gemäss § 49 Abs. 2 K. O. aussonderungsberechtigt.

V. Da der Kommissionsauftrag nach unserer Ansicht kein Dienstvertrag sondern ein Werkvertrag ist, so steht dem Kommissionär auch kein Vorzugsecht gemäss § 61 Z. 1 K. O. zu. [2])

§ 7.

Verjährung.

Es bleibt nunmehr noch zu erörtern, welcher Verjährung die Forderungen aus einem durch Selbsteintritt ausgeführten Kommissionsauftrag unterliegen.

Vor Inkrafttreten des B. G. B. waren [3]) die Ansichten geteilt.

Während das R. O. H. G. [4]) urteilte, dass Anspruch auf Provision und Kaufpreis des Kommissionärs den Vorschriften über Verjährung von Kaufpreisforderungen folge,

---

[1]) cf. Jäger zu § 23 I.
[2]) cf. Jäger zu § 61 Z. 12.
[3]) cf. Staub II S. 1463 Anm. 27.
[4]) cf. Bd. XVII S. 327.

entschied das Reichsgericht[1]), dass dies nicht zutreffe, weil der Selbsteintritt eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags sei.

Nunmehr ist diese Frage gegenstandslos geworden, denn gemäss § 196 Nr. 1 B. G. B. greift für beide Forderungen die zweijährige Verjährungsfrist Platz und im Falle des § 196 Absatz II die vierjährige, wenn nämlich die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgte.

Die aus dem Kaufvertrage beim Selbsteintritt eventuell entspringenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verjähren gemäss §§ 477, 478 des B. G. B.

Es ist ferner zu bemerken, dass auch bei den Vorschriften über die Verjährung der grundsätzliche Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag, als welchen wir den Kommissionsauftrag auffassen, zur Geltung kommt.

Es greift nämlich für den Kommittenten im Falle des § 638 B. G. B. die dort statuierte kurze sechsmonatliche Verjährungsfrist Platz (ferner ist § 639 l. c. zu beachten), was bei der Annahme eines Dienstvertrages keineswegs der Fall wäre.

---

[1]) cf. Urteil vom 17. X. 1891.

Anhang.

§ 8.

Einfluss des Reichsstempelgesetzes vom 14. Juni 1900 in der Fassung vom 3 Juni 1906 auf das Kommissionsgeschäft, insbesondere auf eine durch Selbsteintritt ausgeführte Kommission.

Dem Schlussnotenzwang unterliegen regelmässig alle Anschaffungsgeschäfte, — das sind Geschäfte, durch welche Eigentum an gewissen beweglichen Sachen und Forderungsrechte gegen Entgelt übertragen werden, welche betreffen:

1. Wertpapiere, ausländische Banknoten, Papiergeld und Geldsorten,

2. Warenmengen, die börsenmässig gehandelt werden und für deren Geschäftsabschluss Börsenusancen zu Grunde gelegt wurden.

Zur Entrichtung der Abgabe ist zunächst nach § 11 Z. 4, wenn es sich um das Abwickelungsgeschäft zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten handelt, der Kommissionär verpflichtet.

Nach § 10 Abs. 3 ist bei einem Kommissionsgeschäfte gemäss § 383 H. G. B. eine doppelte Abgabe zu entrichten und zwar einmal eine für das obgenannte Abwicklungsgeschäft zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten und ferner eine für das Geschäft zwischen dem Kommissionär und dem Dritten.

Diese Norm der grundsätzlich zu entrichtenden doppelten Abgabe ist jedoch durch § 14 Abs. II durchbrochen und zwar zu Gunsten der Provinzbankiers. Hat nämlich z. B. ein Provinzbankier als Kommissionär eines seiner Kunden als Kommittenten einen Kommissionsauftrag beispielsweise zum Ankaufe von 10,000 Mark Argentinier erhalten, so ist er ja als Provinzbankier nicht in der Lage selbst anzukaufen und muss seinerseits als Kommittent den erhaltenen Auftrag an einen Zentralbankier als Kommissionär abgeben.

Zur Ausführung des Kommissionsauftrages müssen daher drei steuerpflichtige Geschäfte geschlossen werden:

a) zwischen dem Zentralbankier-Kommissionär und dem „Dritten",

b) zwischen dem Zentralbankier-Kommissionär und dem Lokalbankier-Kommittent,

c) zwischen Lokalbankier-Kommissionär und dem ursprünglichen Auftraggeber-Kommittent.

Hier ist nun das letzte Geschäft stempelfrei, falls folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Die Schlussnote für das Geschäft b muss den Zusatz tragen „in Kommission".

2. die Schlussnote für das Geschäft c muss der Lokalbankier mit dem Vermerke versehen, dass sich eine versteuerte, über denselben Betrag oder dieselbe Menge und denselben Preis lautende Schlussnote (nämlich die „in Kommission") mit zu bezeichnender Nummer in seinen Händen befindet. Die Bezeichnung der Nummer und die Aufbewahrungspflicht richtet sich nach § 17.

Wie stellt sich nun die Sachlage im Falle des Selbsteintritts?

Grundsatz: Das Geschäft zwischen einem Kommittenten und dem Kommissionär ist, ohne Rücksicht auf etwaigen Selbsteintritt, stets als ein Anschaffungsgeschäft anzusehen. Es soll keine Ungewissheit entstehen.

Vor der Einführung des § 12 früherer Fassung, also bis 14. Juni 1900, bestand für die Grossbanken im Falle einer Ausführung eines Kommissionsauftrages durch Selbsteintritt gegenüber kleineren Banken ein grosser Vorteil, der sie in den Stand setzte, ihre Kommittenten viel billiger zu bedienen.

Kam, beispielsweise, ein Kommittent zu dem Klein- oder Provinzbankier und erteilte ihm einen Auftrag für zehntausend Mark bayerische Staatspapiere zu kaufen, so musste dieser den Auftrag tatsächlich durch Abschluss mit einem Dritten an der Börse und mit Hilfe seines Zentralbankiers erledigen lassen. Es entstanden daher für ihn zwei steuerpflichtige Geschäfte. (Vergleiche die Bestimmung des § 14 Z. II.)

Kam nun vielleicht durch Zufall, meistens wird es ja nicht einmal so rasch gewesen sein, ein paar Stunden später ein Andrer und wollte für zehntausend Mark bayerische Staatspapiere verkaufen, so hatte der Provinzbankier natürlich, wie es bei seinem Kleinbetriebe auch erforderlich ist, bereits seinem Zentralbankier den obigen Ankaufsauftrag erteilt.

Jetzt musste er wiederum sich an seinen Zentralbankier mit einem Verkaufsauftrag wenden, es entstanden wiederum zwei steuerpflichtige Geschäfte, also zusammengefasst vier!

Ganz anders im Grossbankbetriebe!

Hier laufen am gleichen Tage eine Menge gleichartiger und sich untereinander ergänzender Aufträge ein. Der Gross-

bankier, der dies genau weiss und sich erfahrungsgemäss auch darauf verlassen kann, ist nun in der angenehmen Lage, den obigen zwei Kommittenten gegenüber jedesmal als Selbstkontrahent aufzutreten, die Papiere des Einen dem Andern zu verkaufen, woraus resultiert, dass nur zwei steuerpflichtige Geschäfte entstehen.

Demgemäss konnte natürlich eine Grossbank ihre Kommittenten viel billiger bedienen, wie ein Provinzbankier und die Folgen davon wurden von den Kleinbanken auch bitter empfunden.

Hier setzt nun, zu Gunsten der kleinen Banken, die neue Bestimmung des § 12 d. G. ein, neue Fassung § 15, deren Resultat ist, dass der Grossbankier in finanzieller Hinsicht drei steuerpflichtige Geschäfte entriert, dass er also, nicht wie bisher, seine Kommittenten um die Hälfte billiger als der Provinzbankier bedienen konnte, sondern lediglich noch um ein Viertel billiger.

Führt nämlich in der oben geschilderten Weise der Grossbankier-Kommissionär — beim Kleinbankier ist ja solch eine günstige Geschäftskonstellation naturgemäss äusserst selten — am gleichen Tage eine Einkaufskommission und eine Verkaufskommission über Wertpapiere derselben Gattung durch Eintritt als Selbstkontrahent aus, so ist für jedes der beiden Geschäfte, insoweit sie sich — auch dem Betrage nach — ausgleichen, neben der tarifmässigen Abgabe eine weitere Abgabe in Höhe der Hälfte des Tarifsatzes zu entrichten, es sei denn, dass er nachweist, er habe zur Deckung eines der beiden Aufträge ein abgabepflichtiges Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen.

Zuwiderhandlungen gegen dieses Reichsstempelgesetz werden als Vergehen bestraft. Allerdings muss die Absicht der Stempelhinterziehung vorliegen. Fehlt eine solche, so kann doch gemäss § 71 d. G. eine Ordnungsstrafe ausgesprochen werden, aber auch hier ist eine schuldhafte Unterlassung erforderlich. [1])

---

[1]) cf. Stenglein, reichsr. Nebenges.